

تأليف

الشيخ الجليل الفقيه العلامة إمام عصره وفريد دهره
أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني
رحمه الله تعالى
(٤٨٩-٥٥٨هـ)

اعتنى به

قاسم محمد النوري

المجلد السادس

الرهن - الصلح - الحوالة - الضمان
الشركة - الوكالة - الوديعة - العارية

دار المنهاج
للطباعة والنشر والتوزيع

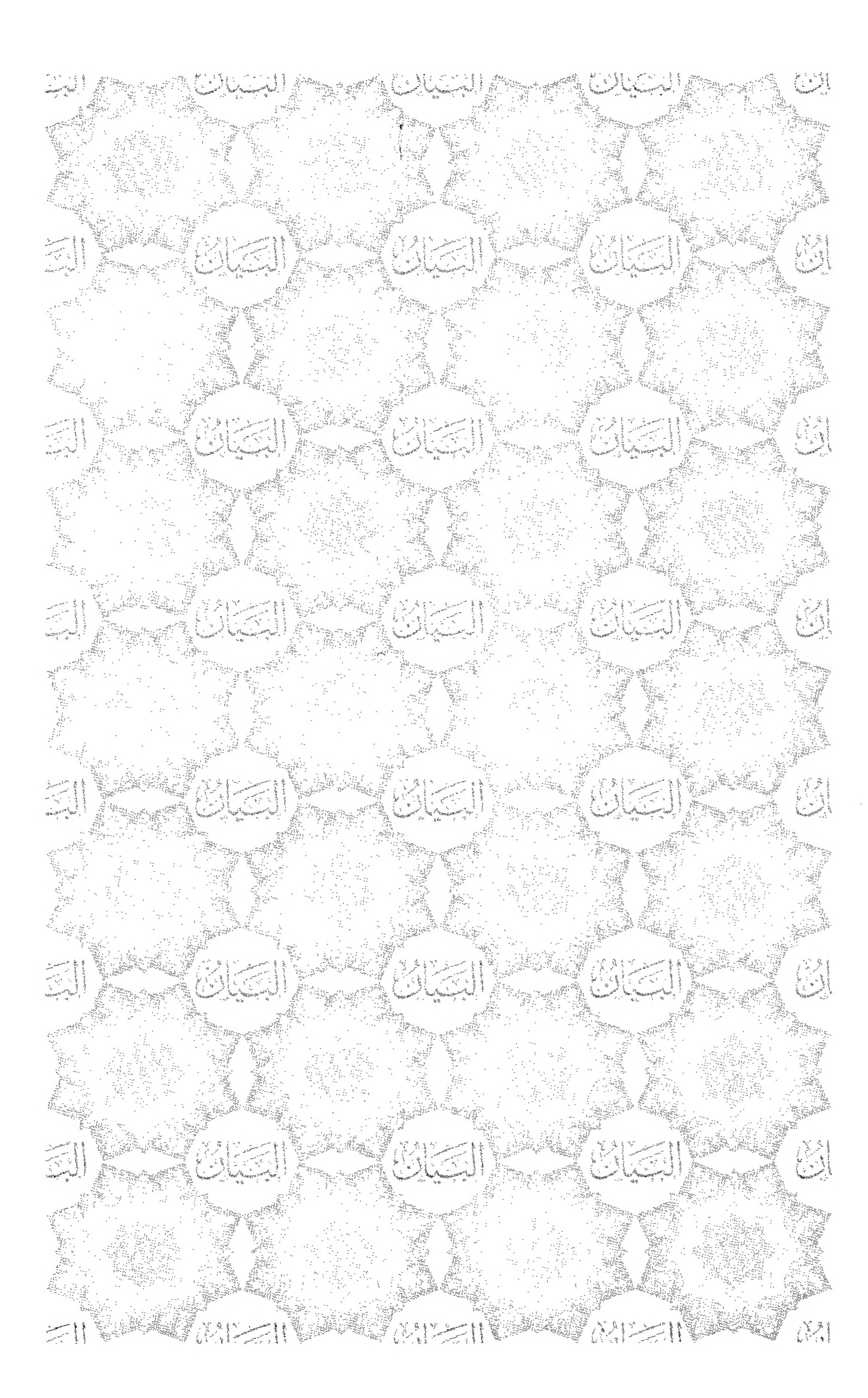
البيان

في مذهب الإمام الشافعي

بسم الله الرحمن الرحيم



كِتَابُ الرَّهْنِ



كتاب الرهن

الرهْنُ ـ **في اللُّغةِ** ـ: مأخوذٌ مِنَ الثبوتِ والدوامِ ، تقولُ العربُ : رَهَنَ الشيء : إذا ثبتَ . والنعمةُ الراهنةُ هي الثابتةُ الدائمةُ . يقالُ : رهنتُ الشيءَ ، فهوَ مرهونٌ . ولا يقالُ : أرهنتُ ، إلاَّ في شاذِّ اللغةِ .

وأمَّا **في الشرعِ** : فهوَ جعلُ المالِ[1] وثيقةً على الدينِ ؛ ليُستوفى منهُ الدَّينُ عندَ تعذُّرِهِ ممَّن عليهِ ، وهو جائزٌ .

والأَصلُ في جوازِهِ : الكتابُ والسنَّةُ والإجماعُ .

أمَّا الكتابُ : فقولُهُ تعالىٰ : ﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا۟ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة : ٢٨٣] . وهـٰذا أمرٌ علىٰ سبيلِ الإرشادِ ، لا علىٰ سبيلِ الوجوبِ .

وأمَّا السنَّةُ : فما روىٰ أبو هريرةَ : أنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « الرَّهنُ مَحلُوبٌ ومَركُوبٌ »[2] .

---

(١) عبارة الفقيه النواوي في « تصحيح التنبيه » (ص/ ٦٢) : (عين مال) . وقال في « القاموس » الرهن : ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك ، يجمع علىٰ : رِهَان ورهون ورُهُن . وقيل أيضاً : أرهان . وهو : عقد إرفاق ونفع . وقال الماوردي في معنىٰ الرهن : الاحتباس ، ومنه قوله تعالىٰ : ﴿ كُلُّ نَفْسٍۭ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾ [المدثر : ٣٨] . وأركانه أربعة : مرهون ، ومرهون به ، وصيغة ، وعاقدان .

(٢) أخرجه عن أبي هريرة رضي الله عنه الشافعي في « الأم » (٣/ ١٤٥) باب : زيادة الرهن ، والدارقطني في « السنن » (٣/ ٣٤) ، والحاكم في « المستدرك » (٢/ ٥٨) وصححه ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٣٨) في الرهن ، باب : ما جاء في زيادات الرهن .

قال المحقق ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٤٦) : وروىٰ الشافعي بإسناد صحيح علىٰ شرطهما عن أبي هريرة موقوفاً ومرفوعاً : « الرهن مركوب محلوب » . وقد رفعه أبو عوانة ، عن الأعمش ، عن أبي صالح ، عن أبي هريرة . =

وقولُهُ ﷺ : « لاَيَغْلَقُ الرهنُ »(١) . وغيرُ ذٰلكَ مِنَ الأَخبارِ .

وأَمّا الإِجماعُ : فلا خلاف بينَ الفقهاءِ في جوازِهِ(٢) .

إذا ثبتَ هٰذا : فيجوزُ أخذُ الرَّهنِ في السَّفرِ ؛ للآيةِ ، ويجوزُ أخذُهُ في الحضرِ ، وهو قولُ كافَّةِ الفقهاءِ ، إلاَّ ما حُكِيَ عَن مجاهدٍ وداودَ : أَنَّهما قالا : (لا يجوزُ أخذُ الرَّهنِ في الحضرِ) .

دليلُنا : ما رُويَ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ اَقترضَ مِن أبي الشحمِ اليهوديِّ ثلاثينَ صاعاً مِن

= **والصواب الأول** . قال الشافعي : ومعناه : أن من رهن ذات درٍّ وظهر . . لم يمنع الراهن من درها وظهرها كما كانت قبل رهنها . قال : وليس للمرتهن من ذٰلكَ شيء ؛ لأنَّه لا يملك الرقبة . قال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٤٢) : وأعلّ بالوقف ، وقال ابن أبي حاتم ، عن أبيه : رفعه مرة ، ثم ترك الرفع بعدُ .

(١) رواه عن سعيد بن المسيب رضي الله عنه من طريق الزهري مالك في « الموطأ » (٢/ ٧٢٨) ، والشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٥٦٧) ، وأبو داود في « المراسيل » (١٣٤) ، والدارقطني في « السنن » (٣/ ٣٣) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٣٩) في الرهن . قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٤٦) : وهٰكذا رواه الثقات عن أصحاب الزهري . . والمحفوظ : المرسل ، كما قال البيهقي وغيره من الحفاظ ، لا كما قال الدارقطني إن وصله حسن ، فإن الأخذ بقول الأكثر أوثق ، والله أعلم .

ورواه عن أبي هريرة رضي الله عنه من طرق موصولاً الشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٥٦٨) ، وابن ماجه (٢٤٤١) ، وابن حبان في « الإحسان » (٥٩٣٤) ، والدارقطني في « السنن » (٣/ ٣٢ و ٣٣) ، والحاكم في « المستدرك » (٢/ ٥١) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٣٩) في الرهن . وإسناده حسن عند ابن حبان والدارقطني . قال في « تلخيص الحبير » (٣/ ٤٢) : وصحح ابن عبد البر وعبد الحق وصله ، وتمام لفظه : « لا يَغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه ، وعليه غرمه » .

يقال : **غلق يغلق غلوقاً** : إذا بقي في يد المرتهن لا يقدر راهنه علىٰ تخليصه ، والمعنىٰ : أنه لا يستحقه المرتهن إذا لم يستفكه صاحبه . **غنمه** : زياداته . **غرمه** : هلاكه ونقصه .

(٢) قال ابن المنذر في « الإجماع » (٥١٩) ، وكذا نحوه في « رحمة الأمة » (ص/ ٢٩٥) : وأجمعوا علىٰ أن الرهن في السفر والحضر جائز ، وانفرد مجاهد [وداود] فقالا : (لا يجوزُ في الحضر) .

شعيرٍ لأهلِهِ بَعدَما عادَ مِن تبوكَ بالمدينةِ ، ورَهَنَ عندَهُ دِرعَهُ ، وكانتْ قيمتُها أربعَ مئةِ درهمٍ)[١] .

ففي هٰذا الخبر فوائدُ :

منها : جوازُ الرَّهنِ ؛ لأَنَّ النبيَّ ﷺ رَهَنَ .

ومنها : جوازُ الرَّهنِ في الحضرِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ كانَ بالمدينةِ ، وكانتْ موطنَ النبيِّ ﷺ .

ومنها : أَنَّهُ يجوزُ معاملةُ مَنْ في مالِهِ حرامٌ وحلالٌ إذا لم يُعلَمْ عينُ الحلالِ والحرامِ ؛ لأَنَّ النبيَّ ﷺ عاملَ اليهوديَّ ، ومعلومٌ أَنَّ اليهودَ يستحلُّونَ ثمنَ الخمرِ ويُربونَ .

ومنها : أَنَّ الرَّهنَ لا ينفسخُ بموتِ الراهنِ ؛ لأَنَّ النبيَّ ﷺ ماتَ ودِرعُهُ مرهونةٌ .

ومنها : أَنَّ الإبراءَ يصِحُّ وإنْ لم يَقبلِ المُبَرَّأُ ؛ لأَنَّ النبيَّ ﷺ لم يعدِلْ عَنْ معاملةِ مياسيرِ[٢] الصحابةِ ، مثلِ : عثمانَ ، وعبدِ الرَّحمنِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُما وأرضَاهُما ؛ لأَنَّهُ

---

(١) سلف ، وهو بألفاظ متعددة :

فعن عائشة رضي الله عنها رواه البخاري (٢٩١٦) في الجهاد ، وفيه ذكر : (ثلاثين صاعاً) ، ومسلم (١٦٠٣) ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٤٦٥٠) ، وابن ماجه (٢٤٣٦) في الرهون .

وعن أنس رضي الله عنه رواه البخاري (٢٥٠٨) ، والترمذي (١٢١٥) ، وابن ماجه (٢٤٣٧) .

وعن ابن عباس رضي الله عنهما رواه الترمذي (١٢١٤) ، وفيه : (عشرين صاعاً) ، وقال : حسن صحيح ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٤٦٥١) في البيوع ، وابن ماجه (٢٤٣٩) في الرهون ، وفيهما ذكر : (ثلاثين صاعاً) . قال في « الزوائد » : إسناده صحيح .

وعن جعفر بن محمَّد ، عن أبيه رواه الشافعيُّ في « ترتيب المسند » (٢/ ٥٦٥) ، وفيه ذكْر أبي شحم .

وعن أسماء بنت يزيد رضي الله عنها رواه ابن ماجه (٢٤٣٨) في الرهون ، وفي إسناده شهر بن حوشب ، وعبد الحميد بن بيرام ، اختلف فيهما .

ولم نجد في الحديث : أنه بعد عودته من تبوك ، ولا قيمة الدرع أربع مئة درهم .

(٢) **مياسير - جمع موسر -** : وهو ذو الثراء واليسار والغنىٰ والسَّعة والرخاء .

كانَ يَعلَمُ أنَّهُ لو ٱستقرضَ منهم . . أبْرَؤوهُ . فلو كانتِ البراءةُ لا تصِحُّ إلاَّ بقبولِ المُبرَّأ . . لكانَ لا يَقبلُ البراءةَ منهم ، فعَدَلَ النبيُّ ﷺ إلىٰ اليهوديِّ الذي يعلمُ أنَّهُ يُطالِبُهُ بحقِّهِ . ولأنَّهُ وثيقةٌ تجوزُ في السَّفرِ فجازَتْ في الحَضَرِ ، كالضمانِ ، والشهادةِ[1] .

مسألةٌ : [فيما يشترط في الراهن] :

ولا يصِحُّ الرَّهنُ إلاَّ مِن جائزِ التصرُّفِ في المالِ . فأمَّا الصبيُّ والمجنونُ والمحجورُ عليهِ : فلا يصِحُّ منهُ الرَّهنُ ؛ لأنَّهُ عقدٌ علىٰ المالِ ، فلم يصِحَّ منهم ، كالبيعِ .

مسألةٌ : [ما يصح الرَّهن به] :

ويصِحُّ الرَّهنُ بكلِّ حقٍّ لازمٍ في الذمَّةِ ، كدينِ السَّلَمِ ، وبَدَلِ القرضِ ، وثمنِ المبيعاتِ ، وقيمِ المتلفاتِ ، والأُجرةِ ، والمَهرِ ، وعِوضِ الخُلعِ ، والأَرشِ علىٰ الجاني . وأمَّا الدِّيَةُ علىٰ العاقلةِ : فإنْ كانَ قبلَ حلولِ الحولِ . . لم تصِحَّ ؛ لأنَّهُ لم يجبْ عليهِم شيءٌ . وإنْ كانَ بعدَ حُلولِ الحَولِ . . صحَّ .

قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : وحُكيَ عَن بعضِ الناسِ : أنَّهُ قالَ : لا يصِحُّ الرَّهنُ إلاَّ في دينِ السَّلَمِ ، وهو خلافُ الإجماعِ .

والدليلُ علىٰ صحةِ ما ذهبنا إليهِ : قولُهُ تعالىٰ : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] إلىٰ قولِهِ : ﴿ وَإِن كُنتُمۡ عَلَىٰ سَفَرٖ وَلَمۡ تَجِدُواْ كَاتِبٗا فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞۖ ﴾ [البقرة : ٢٨٢ـ٢٨٣] .

---

(١) وفيها أيضاً كما في « الفتح » (٥/١٦٨) : عدم الاعتبار بفساد معتقد أهل الكفر ومعاملاتهم فيما بينهم .
و : ما كان عليهِ النبي ﷺ من التواضع والزهد في الدنيا والتقلل منها مع قدرته عليها .
و : جواز بيع السلاح ورهنه وإجارته من الكافر ما لم يكن حربياً .
و : الصبر علىٰ ضيق العيش والقناعة باليسير .
و : ثبوت أملاك أهل الذمة في أيديهم ، وجواز الشراء بالثمن المؤجل .
و : اتخاذ الدروع والعدد من آلات غير قادح في التوكل .

وقد يكونُ الدَّينُ في الذمَّةِ ثمناً ، وقد يكونُ فيها مُثمناً ، ولأنَّهُ حقٌّ ثابتٌ في الذمَّةِ ، فجازَ أخذُ الرَّهنِ بهِ ، كالسَّلَمِ ، ويجوزُ أخذُ الرَّهنِ بالدَّينِ الحالِّ ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ رهَنَ دِرعَهُ في بدلِ القرضِ ، وهو حالٌّ .

ولا يصِحُّ الرَّهنُ بدينِ الكتابةِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يصِحُّ) .

دليلُنا : أنَّهُ وثيقةٌ يُستوفىٰ منها الحقُّ ، فلم يصِحَّ في دينِ الكتابةِ ، كالضَّمانِ ، ولأنَّ الرَّهنَ إنَّما جُعِلَ لكي يَستوفيَ منهُ مَن لهُ الحقُّ إذا ٱمتنعَ مَنْ عليهِ الحقُّ ، وهٰذا لا يمكنُ في الكتابةِ ؛ لأنَّ للمكاتبِ أنْ يُعجِّزَ نفسَهُ أيَّ وقتٍ شاءَ ، ويُسقِطَ ما عليهِ ، فلا معنى للرَّهنِ بهِ .

وأمَّا الرَّهنُ بمالِ الجُعالةِ ، بأنْ يقولَ رجلٌ : مَنْ ردَّ عبديَ الآبقَ . . فلَهُ الدينارُ : فإن ردَّهُ رجلٌ . . استحقَّ الدينارَ ، وصحَّ أخذُ الرَّهنِ بهِ ، وهلْ يصِحُّ أخذُ الرَّهنِ بهِ قبلَ الردِّ ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : لا يصِحُّ ، وهو ٱختيارُ أبي عليٍّ الطبريِّ ، والقاضي أبي الطيِّبِ ؛ لأنَّهُ حقٌّ غيرُ لازمٍ ، فهو كـ : مالِ الكتابةِ .

والثاني : يصِحُّ ؛ لأنَّهُ يؤولُ إلىٰ اللُّزومِ ، فهو كالثمنِ في البيعِ مدَّةَ الخيارِ .

وأمَّا مالُ السَّبْقِ والرَّمي : فإنْ كانَ بعدَ العملِ . . صحَّ أخذُ الرَّهنِ بهِ ، وإنْ كانَ قبلَ العملِ ، فإن قُلنا : إنَّهُ كالإجارةِ . . صحَّ أخذُ الرَّهنِ بهِ . وإن قُلنا : إنَّهُ كالجُعالةِ . . فعلىٰ الوجهينِ في مالِ الجُعالةِ .

وأمَّا العملُ في الإجارةِ : فهلْ يصِحُّ أخذُ الرَّهنِ بهِ ؟ يُنظرُ فيهِ :

فإنْ كانتِ الإجارةُ علىٰ عملِ الأجيرِ بنفسِهِ . . لم يصِحَّ أخذُ الرَّهنِ بهِ ؛ لأنَّهُ لا يُمكنُ ٱستيفاءُ عملِهِ مِنَ الرَّهنِ .

وإنْ كانتِ الإجارةُ علىٰ تحصيلِ عملٍ في ذمَّتِهِ . . صحَّ أخذُ الرَّهنِ بهِ ؛ لأنَّهُ يمكنُ ٱستيفاءُ العملِ مِنَ الرَّهنِ ، بأنْ يُباعَ الرَّهنُ ، ويستأْجرَ بثمنِهِ منهُ مَنْ يَعملُ .

فرعٌ : [لا يؤخذ الرهن علىٰ الأعيان المضمونة] :

ولا يصِحُّ أخذُ الرَّهنِ بالثَّمَنِ ، والأُجرةِ ، والصَّداقِ ، وعِوضِ الخُلعِ ، إذا كانَ مُعيَّناً ، ولا بالعينِ المغصوبة ، ولا المعارَةِ ، ولا بالعينِ المأخوذةِ علىٰ وجهِ السومِ .

وقالَ أبو حنيفةَ : (كلُّ عينٍ كانتْ مضمونةً بنفسِها . . جازَ أخذُ الرَّهنِ بها) . وأرادَ بذٰلكَ : أنَّ ما كانَ مضموناً بمثلِهِ أو قيمتِهِ . . جازَ أخذُ الرَّهنِ بهِ ؛ لأنَّ المبيعَ لا يجوزُ أخذُ الرَّهنِ بهِ ؛ لأنَّهُ مضمونٌ عليهِ بفسادِ العقدِ ، ويجوزُ عندَهُ أخذُ الرَّهنِ بالمهرِ ، وعِوضِ الخُلعِ ؛ لأنَّهُ يُضمنُ بمثلِهِ أو قيمتِهِ .

دليلُنا : أنَّ قبلَ هلاكِ العينِ في يدِهِ لم يَثبُتْ في ذمَّتِهِ دينٌ ، فلا يصِحُّ أخذُ الرَّهنِ بهِ ، كالمبيعِ .

مسألةٌ : [عقد الرهن علىٰ الدين اللازم] :

ويجوزُ عقدُ الرَّهنِ بعدَ ثبوتِ الدَّينِ ، مثلُ : أَنْ يُقرِضَهُ شيئاً ، أو يُسْلِمَ إليهِ في شيءٍ ، فيرهنَهُ بذٰلكَ ؛ لأنَّهُ وثيقةٌ بالحقِّ بعدَ لزومِه ، فصحَّ ، كالشهادةِ ، والضَّمانِ . ويجوزُ شرطُ الرَّهنِ معَ ثبوتِ الحقِّ ، بأنْ يقولَ : بعتُكَ هٰذا بدينارٍ في ذمَّتِكَ ، بشرطِ أَنْ ترهنَني بهِ كذا ، أو أَقْرَضْتُكَ هٰذا ، بشرطِ أنْ تَرهنَني كذا ؛ لأنَّ الحاجةَ تدعو إلىٰ شرطِهِ في العقدِ ، فإذا شرطَ هٰذا الشرطَ . . لم يجبْ علىٰ المشتري الرَّهنُ ، أي : لا يُجبرُ عليهِ ، ولٰكن متىٰ ٱمتنعَ منهُ . . ثبتَ للبائعِ الخيارُ في فسخِ البيعِ .

ولا يجوزُ عقدُ الرَّهنِ قبلَ ثبوتِ الحقِّ ، مثلُ : أنْ يقولَ : رَهنتكَ هٰذا علىٰ عشرةِ دراهمَ تُقرِضُنيها ، أو علىٰ عشرةٍ أبتاعُ بها منكَ .

وقالَ مالكٌ ، وأبو حنيفةَ : (يصِحُّ) .

دليلُنا : أَنَّهُ وثيقةٌ بحقٍّ ، فلم يجُزْ أنْ يتقدَّمَ عليها ، كالشهادةِ ، بأَنْ يقولَ : ٱشهدوا أنَّ لهُ عليَّ ألفاً اقترضْتُها منهُ غَداً .

فرعٌ : [لا يؤخذ الرهن قبل معرفة قيمة المأخوذ] :

وإنْ ثَقُلَتِ السفينةُ بقومٍ في البحرِ ، وخافوا الغَرَقُ ، فقالَ رجلٌ لغيرِهِ : ألقِ متاعكَ في البحرِ وعليَّ ضمانُهُ ، فإنْ كانَ المتاعُ غيرَ معلومِ القيمةِ . . لم يصِحَّ أخذُ الرَّهنِ بهِ قبلَ الإلقاءِ ؛ لأَنَّهُ رهنٌ بدينٍ قبلَ وجوبِهِ ، وهلْ يصِحُّ الضَّمانُ بهِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الصيمريُّ .

وإنْ عُرِفَ قدرُ المتاعِ وقيمتُهُ . . ففيهِ ثلاثةُ أوجهٍ ، حكاها الصيمريُّ :

أحدُها : لا يَصِحُّ الرَّهنُ بهِ ولا الضَّمانُ . **وهـٰذا هو المشهور** ؛ لأَنَّ القيمةَ لا تجبُ قبلَ الإلقاءِ .

والثاني : يَصِحّانِ .

والثالثُ : يَصِحُّ الضَّمانُ ، ولا يَصِحُّ الرَّهنُ .

وأمَّا إذا ألقاهُ في البحرِ : وجبتِ القيمةُ في ذمَّةِ المُستدعي ، ويصِحُّ أَخذُ الرَّهنِ بهِ والضَّمانُ ؛ لأَنَّهُ دينٌ واجبٌ .

مسألةٌ : [الرهن عقد غير لازم] :

ولا يلزمُ الرهنُ مِنْ جهةِ المرتَهنِ بحالٍ ، بلْ متىٰ شاءَ . . فسخَهُ ؛ لأَنَّهُ عقدٌ لِحَظِّهِ ، فجازَ لَهُ إسقاطُهُ متىٰ شاءَ ، كالإبراءِ مِنَ الدَّينِ[1] .

فأمَّا مِنْ جهةِ الرَّاهنِ : فلا يلزمُ قبلَ القبضِ ، سواءٌ كانَ مشروطاً في عقدٍ أو غيرَ مشروطٍ ، وبهِ قالَ أبو حنيفةَ .

وقالَ مالكٌ : (يلزمُ مِنْ جهةِ الرَّاهنِ بالإيجابِ والقَبولِ ، فمتىٰ رَهنَ شيئاً . . أُجبرَ علىٰ إقباضِهِ) . وكذٰلكَ قالَ في الهبةِ .

دليلُنا : قولُهُ تعالىٰ : ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا۟ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة : ٢٨٣] .

(١) في (م) : (الثمن) .

فوصفَ الرَّهنَ بالقبضِ ، فدلَّ علىٰ أَنَّهُ لا يكونُ رهناً إلاَّ بالقبضِ ، كما أَنَّهُ وصَفَ الرَّقبةَ المُعتَقَةَ بالإيمانِ . ثُمَّ لا يصِحُّ عَنِ الكفارةِ إلاَّ عتقُ رقبةٍ مؤمنةٍ ، ولأَنَّهُ عقدُ إرفاقٍ مِنْ شرطِهِ القَبولُ ، فكانَ مِنْ شرطِهِ القبضُ ، كالقَرْضِ .

فقولُنا : (عقدُ إرفاقٍ) ٱحترازٌ مِنَ البيعِ ، فإنَّهُ عقدُ معاوضةٍ .

وقولُنا : (مِنْ شَرطِهِ القَبولُ) ٱحترازٌ مِنَ الوقفِ .

إذا ثبتَ هـٰذا : فالعقودُ علىٰ ثلاثةِ أَضربٍ :

ضربٌ لازمٌ مِنَ الطرفينِ ، كالبيعِ ، والحَوالةِ ، والإجارةِ ، والنِّكاحِ ، والخُلعِ .

وضربٌ جائزٌ مِنَ الطرفينِ ، كالوكالةِ ، والشَّركةِ ، والمضاربةِ ، والرَّهنِ قبلَ القبضِ .

وضربٌ لازمٌ مِنْ أَحدِ الطرفينِ جائزٌ مِنَ الآخرِ ، كالرَّهنِ بعدَ القبضِ ، والضَّمانِ ، والكتابةِ .

فرعٌ : [الإذن في قبض المرهون به] :

وإنْ عُقِدَ الرَّهنُ علىٰ عينٍ في يدِ الرَّاهنِ . . لَمْ يَجُزْ للمرتهنِ قبضُها إلاَّ بإذنِ الرَّاهنِ ؛ لأنَّ للرَّاهنِ أَنْ يفسخَ الرَّهنَ قبلَ القبضِ ، فلَمْ يَجُزْ للمرتَهنِ إسقاطُ حقِّهِ مِنْ ذٰلك بغيرِ إذنِهِ . فإنْ كانتِ العينُ المرهونةُ في يدِ المرتهنِ وديعةً أو عاريَّةً . . فإنَّ الرَّهنَ يَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ إذا صحَّ عقدُ الرَّهنِ علىٰ ما في يدِ الراهنِ . . فلأَنْ يصحَّ على ما في يدِ المرتَهنِ للرَّاهنِ أَولىٰ .

وأَمَّا القبضُ فيها : **فنصَّ الشافعيُّ** هاهنا : (أَنَّها تصيرُ مقبوضةً عنِ الرهنِ إذا أذنَ الراهنُ في قبضِها ، ومضتْ مدَّةٌ يمكنُهُ فيها أَنْ يَقبضَ) . وقالَ في كتاب (الإقرارِ والمواهبِ) : (إذا وهبَ لَهُ عيناً في يدِ الموهوبِ لَهُ ، فقبلَها تمَّتِ الهبةُ ، ولَمْ يُعتبرِ الإذنُ في القبضِ) .

وٱختلفَ أصحابنا فيها علىٰ ثلاثِ طرقٍ :

[أحدها] : مَنْ قالَ : لا يَلزمُ واحدٌ منهما إلاَّ بالقبضِ ، ولا يَصِحُّ قبضُهما إلاَّ

بالإذنِ . وما قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ في (الهبةِ) فأرادَ : إذا أَذِنَ وأَضمرَ ذٰلكَ ، وصرَّحَ بهِ في الرَّهنِ .

و [**ثانيها**] : منهم منْ نقلَ جوابَ كلٍّ واحدةٍ منهما إِلىٰ الأخرىٰ ، وخرَّجَهما علىٰ قولينِ :

أحدُهما : لا يَفتقِرُ واحدٌ منهما إِلىٰ الإذنِ ؛ لأنَّ إِقرارَهُ لَهُ بيدِهِ بعدَ عقدِ الرَّهنِ والهبةِ ، بمنزلةِ الإِذنِ بالقبضِ ، ولأَنَّهُ لمَّا لَمْ يَفتقِر إِلىٰ نَقلٍ مستأْنفٍ . . لَمْ يَفتقِر إِلىٰ إِذنٍ .

والثاني : يَفتقِرُ إِلىٰ الإِذنِ فيهما . قالَ الشيخُ أبو إِسحاقَ : **وهو الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ قبضٌ يَلزمُ بهِ عقدٌ غيرُ لازمٍ ، فَلَمْ يَحصلْ إِلاَّ بالإِذنِ ، كما لو كانتِ العينُ في يدِ الرَّاهنِ .

و [**الطريقُ الثالثُ**] : منهم مَنْ حملَ المسأَلتينِ علىٰ ظاهرِهما ، فقالَ في الهبةِ : لا تَفتقِرُ إِلىٰ الإِذنِ بالقبضِ فيها . وفي الرَّهنِ : لا بدَّ مِنَ الإذنِ بالقبضِ فيهِ ؛ لأنَّ الهبةَ عقدٌ قويٌّ يزيلُ المِلكَ ، فلَمْ تَفتقِر إِلىٰ الإِذنِ فيها ، والرَّهنَ عقدٌ ضعيفٌ لا يزيلُ المِلكَ ، فٱفتقرَ إِلىٰ الإِذنِ بالقبضِ فيهِ .

إِذا ثبتَ هٰذا : فَرَهَنَهُ ما عندَه . . فإِنَّهُ لا يحتاجُ إِلىٰ أَن يَنقلهُ ، **بلا خلافٍ علىٰ المذهبِ** ، وهلْ يحتاجُ إِلىٰ الإِذنِ بالقبضِ ؟ علىٰ الطرقِ المذكورةِ .

وسواءٌ قلنا : يَفتقرُ إِلىٰ الإِذنِ بالقبضِ ، أَو لا يَفتقِرُ إِلىٰ الإِذنِ ، فلا بدَّ مِنْ مُضيِّ مدَّةٍ يتأَتَّىٰ فيها القبضُ في مِثْلِهِ : إِنْ كانَ مِمَّا يُنقلُ ، فبمضيِّ زمانٍ يمكنهُ نقلُهُ . وإِنْ كانَ مِمَّا يُخلَّىٰ بينَهُ وبينَهُ . . فبمضيِّ زمانٍ يمكنُه فيهِ التخليةُ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وحُكِيَ عَنْ حرملةَ نفسِهِ : أَنَّهُ قالَ : لا يَحتاجُ إِلىٰ مضيِّ مدَّةٍ ، بلْ يكفيهِ العقدُ والإِذنُ إِذا قلنا : إِنَّهُ شرطٌ ، أَوِ العقدُ لا غيرَ إِذا قلنا : إِنَّ الإِذنَ ليسَ بشرطٍ ؛ لأنَّ يدَهُ ثابتةٌ عليهِ ، فلا معنىٰ لاعتبارِ زمانِ ٱبتداءِ القبضِ . وهٰذا غلطٌ ؛ لأنَّ القبضَ لا يحصلُ إِلاَّ بالفعلِ أَو بالإِمكانِ ، ولَمْ يوجد واحدٌ منهما .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : **فعلىٰ هٰذا** : إِنْ كانَ المرهونُ معهُ في المجلسِ أَو بقربهِ ،

وهو يراهُ أَو يعلَمُ بهِ . . فإنَّ القبضَ فيهِ هو مضيُّ مدَّةٍ ، لو قَبضَهُ فيها . . أَمكنَهُ . وإنْ كانَ الرَّهنُ في صندوقٍ وهوَ في البيتِ ، ويتحقَّقُ كونُهُ فيهِ . . فقَبضُهُ أَنْ تمضيَ مدَّةٌ ، لو أَرادَ أَنْ يقومَ إِلىٰ الصندوقِ ويَقبِضَهُ . . أَمكنهُ . وإِنْ كانَ الرَّهنُ غائباً عَنِ المجلسِ ، بأن يكونَ في البيتِ والمرتهِنُ في المسجدِ أو السُّوقِ . . فنقلَ المزنيُّ عَنِ الشافعيِّ رحمَهُ اللهُ : (أَنَّهُ لا يصيرُ مقبوضاً حتَّىٰ يصيرَ المرتَهَنُ إِلىٰ منزلِه ، والرَّهنُ فيهِ) .

فقالَ أَبو إِسحاقَ : هـٰذا فيما يزولُ بنفسِهِ ، مثلُ العبدِ والبهيمةِ ، وأَمَّا ما لا يزولُ بنفسِهِ ، كالثوبِ ، والدَّارِ . . فلا يحتاجُ إِلىٰ أَن يصيرَ إِلىٰ منزلِهِ ، بلْ يكفي أَنْ يأتيَ عليهِ زمانٌ يمكنُه القبضُ فيهِ .

قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : **وقد نصَّ الشافعيُّ** رحمَهُ اللهُ علىٰ مثلِ ذٰلكَ في « الأمِّ » [٣/ ١٢٥] ؛ لأنَّ ما يزولُ بنفسِهِ لا يُعلَمُ مكانُهُ ، فلا يمكنُ تقديرُ زمانٍ يمكنُ فيهِ القبضُ ، وما لا يزولُ بنفسِهِ ، **فالظاهرُ** بقاؤهُ في مكانِهِ .

وأَمَّا الشيخُ أَبو حامدٍ : فقالَ : غَلِطَ أَبو إِسحاقَ ، **فقد نصَّ الشافعيُّ في** « الأمِّ » علىٰ : (أَنَّهُ لا فرقَ بينَ الحَيَوانِ وغيرِهِ) ؛ لأَنَّهُ يجوزُ أَنْ يَحدثَ علىٰ غيرِ الحَيَوانِ التَلَفُ مِنْ سَرِقَةٍ أَو حريقٍ أَو غرقٍ ، فهوَ بمنزلةِ الحَيَوانِ .

وحَكىٰ في « المهذَّبِ » : أَنَّ مِنْ أصحابنا مَنْ قالَ : إِنْ أَخبَرَهُ ثقةٌ : بأَنَّهُ باقٍ علىٰ صفتِهِ ، ومضىٰ زمانٌ يتأَتَّىٰ فيهِ القبضُ . . صارَ مقبوضاً ، كما لو رآهُ وكيلُهُ ، ومضىٰ زمانٌ يتأَتَّىٰ فيهِ القبضُ . وليسَ بشيءٍ ؛ لأَنَّهُ يجوزُ أَنْ يكونَ قد تَلِفَ بعدَ رؤيةِ الثقةِ .

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ [في « الأم » (٣/ ١٢٥)] : (ولا يكونُ القبضُ إِلاَّ ما حضرَهُ المرتَهنُ ، أَو وكيلُهُ) .

قالَ أَصحابُنا : وهـٰذا الكلامُ يَحتملُ تأْويلينِ :

أحدُهما : أَنَّ هـٰذهِ مسأَلةٌ مبتدأَةٌ ، أَي : أَنَّ القبضَ لا يحصلُ في الرَّهنِ إِلاَّ أَنْ يَقبضَهُ المرتَهنُ أَو وكيلُهُ . فقَصد بهـٰذا بيانَ جوازِ الوكالةِ في القبضِ ؛ لأَنَّ القبضَ هو نقلُهُ مِنْ يدِ الرَّاهنِ إِلىٰ يدِ المرتَهنِ ، وهـٰذا لا يوجدُ إِلاَّ بحضورِ المرتَهِنِ ، أَو وكيلِهِ . وقد فرَّعَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ علىٰ هـٰذا في « الأُمِّ » [٣/ ١٢٤] : (أَنَّ المرتهنَ لو وكَّلَ

الرَّاهنَ في قبضِ الرَّهنِ لَهُ مِنْ نَفسِهِ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ أَنْ يكونَ وكيلاً لغيرِهِ علىٰ نفسِه في القبضِ) .

والتأويلُ الثاني : أَنَّ هـٰذا عطفٌ علىٰ المسأَلةِ المتقدِّمَةِ ، إذا رَهنهُ وديعةً عندَهُ غائبةً عنهُ ، فلا تكونُ مقبوضةً حتَّىٰ يَرجعَ المُرتَهِنُ أَو وكيلُهُ ، ويشاهدَها . قالوا : **وهـٰذا أَشبهُ** ؛ لأَنَّهُ آعتبرَ مجرَّدَ الحضورِ لا غيرَ ، وإِنَّما يكفي ذٰلكَ فيما كانَ عندَهُ . فأَمَّا ما كانَ في يدِ الرَّاهنِ(١) : فلا بدَّ مِنَ النقلِ فيهِ .

فرعٌ : [رهن المغصوب] :

وإِنْ غصبَ عيناً ، ثُمَّ رَهَنها المغصوبُ منهُ عندَ الغاصبِ . . صَحَّ الرهنُ ، فإِذا أَذِنَ الرَّاهِنُ للمرتَهِنِ في قبضِ الرَّهنِ ، ومضتْ مدَّةٌ يتأَتَّىٰ فيها القبضُ . . صارَ مقبوضاً عنِ الرهنِ . ولا يزولُ عنِ الغاصبِ ضمانُ الغصبِ إِلاَّ بأَنْ يُسلِّمَهُ إِلىٰ المغصوبِ منهُ ، أَو بأَنْ يُبرِّئَهُ المغصوبُ منهُ عنِ الضمانِ في أَحدِ الوجهينِ .

وقالَ مالكٌ ، وأَبو حنيفةَ ، وأَحمدُ ، والمزنيُّ رحمهمُ الله تعالىٰ : (يزولُ ضمانُ الغصبِ عنِ المرتَهنِ) .

دليلُنا : أَنَّهُ لَمْ يتخلَّلْ بينَ الغصبِ والرَّهنِ أكثرُ مِنْ عقدِ الرَّهنِ وقَبضِهِ ، والرَّهنُ لا ينافِي الغصبَ ؛ لأَنَّهما قدْ يجتمعانِ ، بأَنْ يرتهنَ عيناً ويتعدَّىٰ فيها . فَإِنِ آرتهنَ عاريَّةً في يدِهِ وأَذِنَ لَهُ في قبضِهَا عنِ الرَّهنِ . . صحَّ ، وكانَ لَهُ الانتفاعُ بها ؛ لأَنَّ الرَّهنَ لا ينافي ذٰلكَ ، ويكونُ ضمانُ العاريَّةِ باقياً عليهِ ، فَإِنْ منعَهُ المعيرُ مِنَ الانتفاعِ . . فهلْ يزولُ عنِ المستعيرِ الضمانُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يزولُ عنهُ ؛ لأَنَّها خَرجتْ عَنْ أَنْ تكونَ عاريَّةً .

والثاني : لا يزولُ عنهُ الضَّمانُ ؛ لأَنَّ يدَهُ لَمْ تَزُلْ .

وإِنْ أَودعَها المعيرُ عندَ المستعيرِ ، أَوِ المغصوبُ منهُ عندَ الغاصبِ . . فهل يزولُ عنهُ الضَّمانُ ؟ فيهِ وجهانِ :

---

(١) في نسخة : (المرتهن) .

أحدُهما : لا يزولُ عنهُ الضَّمانُ ، لبقاءِ يدِهِ .

والثاني : يزولُ ؛ لأَنَّ الإيداعَ ينافي الغصبَ والعاريَّةَ .

فرعٌ : [كيفيَّة القبض] :

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (والقبضُ في العبدِ والثوبِ وما يُحوَّلُ : أَنْ يأْخذَهُ مرتَهِنُهُ مِنْ يدِ راهنِهِ ، وقبضُ ما لا يُحوَّلُ مِنْ أَرضٍ أَو دارٍ : أَنْ يُسلِّمَهُ بلا حائلٍ) . وهـٰذا كما قالَ : القبضُ في الرَّهنِ كالقبضِ في البيعِ . فإذا رَهنهُ ما يُنقلُ ، مِثلَ : الدراهمِ ، والدنانيرِ ، والثيابِ . . فَقبضُها أَنْ يتناولَها ، وينقلَها مِنْ مكانٍ إِلىٰ مكانٍ .

وكذٰلكَ : إذا رَهنهُ عبداً أَو بهيمةً . . فَقبضُ العبدِ أَنْ يأْخذَهُ بيدِهِ ، ويَنقلَهُ مِنْ مكانٍ إِلىٰ مكانٍ ، وفي البهيمةِ أَنْ يقودَها أَو يسوقَها مِنْ مكانٍ إِلىٰ مكانٍ . وإِنْ رَهنهُ صُبرةً جُزافاً . . فَقبضُها أَنْ ينقلَها مِنْ مكانٍ إِلىٰ مكانٍ . وإِنْ رَهنهُ مكيلاً مِنْ صُبرةٍ . . فقبضُهُ بالكيلِ . وإِنْ رَهنهُ ما لا يُنقلُ ، كالأرضِ ، والدَّارِ ، والدُّكَّانِ . . فالقبضُ فيها أَنْ يُزيلَ الراهنُ يدَهُ عنها ، بأَنْ يخرجَ منها ، ويُسلِّمَها إِلىٰ المرتَهِنِ ، ولا حائلَ بينَهُ وبينها . فإِنْ رَهنهُ داراً ، فخلَّىٰ بينَهُ وبينها وهما فيها ، ثمَّ خرجَ الراهنُ . . صحَّ القبضُ .

وقالَ أبو حنيفةَ : (لا يصِحُّ حتَّىٰ يخلِّيَ بينَهُ وبينها بعدَ خروجِهِ منها ؛ لأَنَّهُ إذا كانَ في الدارِ . . فيدُهُ عليها ، فلا تصِحُّ التخليةُ) . وهـٰذا ليسَ بصحيحٍ ؛ لأَنَّ التخليةَ تحصلُ بقولِهِ ، وبرفعِ يدِهِ عنها ، أَلا ترىٰ أَنَّ بخروجِهِ مِنَ الدارِ لا تزولُ يدُهُ عنها ، وبدخولِهِ إِلىٰ دارِ غيرِهِ لا تثبتُ يدُهُ عليها ؟ ولأَنَّهُ بخروجِهِ عنها محقِّقٌ لقولِهِ ، فلا معنىٰ لإعادةِ التخليةِ . هـٰكذا ذكرَهُ ٱبنُ الصبَّاغِ .

قالَ : وإِنْ خلَّىٰ بينَهُ وبينَ الدارِ ، وفيها قُماشٌ للراهنِ . . صحَّ التسليمُ في الدارِ .

وقالَ أبو حنيفةَ : (لا يصِحُّ التسليمُ في الدارِ ؛ لأَنَّها مشغولةٌ بملكِ الراهنِ) . وكذٰلكَ يقولُ : (إذا رَهنَهُ دابَّةً عليها حِملٌ للراهنِ ، وسلَّمَ الجميعَ إِليهِ . . لم يصِحَّ قبضُ الدابَّةِ ، ولو رهنَهُ الحِملَ دونَ الدابَّةِ ، أو معها ، وسلَّمَها إِليهِ . . صحَّ القبضُ) . وكذٰلكَ يقولُ في قُماشِ الدارِ . وهـٰذا ليسَ بصحيحٍ ؛ لأَنَّ كلَّ ما كانَ قبضاً في البيعِ . .

كانَ قبضاً في الرهنِ ، كالحِملِ ، وقد قالَ : (إذا رهنَهُ سرجَ دابّةٍ ولجامَها ، وسلَّمها بذلكَ . . لم يصحَّ القبضُ فيهِ ؛ لأنَّهُ تابعٌ للدابَّةِ) . وهـٰذا ينقضُ ما ذكرَهُ في الحِملِ .
وقولُهُ : (إنَّهُ تابعٌ) فيبطلُ بهِ إذا باعَ الدابَّةَ . . فإنَّ السرجَ لا يدخلُ فيهِ ، وعلىٰ أنَّ الدابَّةَ في يدِهِ ، وكذٰلكَ ما تبِعَها .

فرعٌ : [جواز التوكيل في قبض الرهن] :

قالَ الصيمريُّ : ولو قالَ الراهنُ للمرتهنِ : وكِّلْ عنِّي رجلاً ليُقبِضَكَ أو ليُقبِضَ وكيلَكَ عنِّي . . جازَ . ولو أمرَ الراهنُ وكيلَهُ ليُقبِضَ المرتهنَ ، فأقبضَ وكيلَهُ . . جازَ .

فرعٌ : [الإقرار بقبض الرهن] :

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (والإقرارُ بقبضِ الرهنِ جائزٌ ، إلاَّ فيما لا يمكنُ في مثلِهِ) . وهـٰذا كما قالَ : إذا أقرَّ الراهنُ بالإقباضِ إقراراً مطلقاً ، وصدَّقهُ المرتهنُ علىٰ ذٰلكَ . . حُكِمَ بصحّةِ ذٰلكَ ؛ لأنَّهُ يمكنُ صدقُهما ، وإنْ علَّقا ذٰلكَ بزمانٍ لا يُمكنُ صدقُهما فيهِ ، مثلُ : أنْ يُقِرّا بأنَّهما تراهنا داراً ببغدادَ ، وتقابضاها اليومَ وهما بمكّةَ . . فإنَّ هـٰذا لا يُمكنُ ولا يثبتُ[1] ، كما قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (إذا أقرَّ الرجلُ أنَّ زوجتَهُ أُمُّهُ مِنَ الرضاعِ أو ٱبنتُهُ ، فإنْ كانَ سِنُّهُ مِثلَ سِنِّها . . لم يُقبلْ ، ولم ينفسِخِ النكاحُ ، وإنْ أمكَنَ صدقُهُ . . قُبِلَ ، وحُكِمَ بٱنفساخِ النكاحِ) .

فإنْ عقدَ علىٰ عينٍ رهناً وإجارةً ، ثمَّ أذِنَ لَهُ في قبضِها عنهما ، أو عنِ الرهنِ ، فقبضَها . . صارتْ مقبوضةً عنهما ؛ لأنَّ الإجارةَ لا تفتقرُ إلىٰ الإذنِ بالقبضِ ، والرهنَ يفتقرُ . وإنْ أَذِنَ لهُ في قبضِها عنِ الإجارةِ . . صارتْ مقبوضةً عنِ الإجارةِ دونَ الرهنِ ؛ لأنَّهُ لم يأذنْ لَهُ في القبضِ عنِ الرهنِ .

---

(١) وهـٰذا مثالٌ ، ولا يشترط صحته ، وقالوا : التدقيق في المثال ليس من دأب الرجال .

مسألةٌ : [رجوع الراهن عن الإذن قبل القبض] :

وإنْ رَهنهُ عيناً ، وأذِنَ لَهُ بقبضِها ، فَقَبْلَ أنْ يَقبِضَها المرتهنُ رَجعَ الراهنُ عنِ الإذنِ . . لم يكُن للمرتهِنِ قبضُها ؛ لأَنَّهُ إنَّما يَقبِضُها بإِذنِ الراهنِ ، وقد بطلَ إِذنُهُ برجوعِهِ . وإنْ رَهنَهُ شيئاً ، ثمَّ جُنَّ الراهنُ ، أو أُغميَ عليهِ ، أو أفلسَ ، أو حُجِرَ عليهِ . . لم يصحَّ إِقباضُ الراهنِ ، ولا يكونُ للمرتهنِ قبضُهُ ؛ لأَنَّهُ لا يصِحُّ قبضُهُ إلاَّ بإِذنْ الراهنِ ، وقد خرجَ عنْ أنْ يكونَ مِن أهلِ الإِذنِ .

وكذٰلكَ : إذا أذِنَ لَهُ في القبضِ ، فقبْلَ أَنْ يقبضَ طرأَ علىٰ الراهنِ الجنونُ ، أو الإغماءُ ، أو الحَجرُ . . بطلَ إذنُهُ لذٰلكَ ، ولا يَبطلُ الرهنُ بذٰلكَ .

وقالَ أبو إسحاقَ : يبطلُ الرهنُ بذٰلكَ ؛ لأنَّ الرهنَ قبلَ القبضِ مِنَ العقودِ الجائزةِ ، فيبطلُ بهٰذهِ الأشياءِ ، كالوكالةِ والشركةِ . **والمذهبُ الأوَّلُ** ؛ لأنَّ الرهنَ يؤولُ إلىٰ اللُّزومِ ، فهو كالبيعِ بشرطِ الخيارِ . وقيلَ : إنَّ أبا إِسحاقَ رجعَ عنْ هٰذا .

إذا ثبتَ ما ذكرناهُ : فإِنَّ الوليَّ عنِ المجنونِ والمُغمىٰ عليهِ يَنظرُ :

فإنْ كانَ الحظُّ بإِقباضِ الرهنِ ، مثلُ : أنْ يكونَ شَرَطاهُ في بيعٍ يُستَضَرُّ بفسخِهِ أو ما أشبَهَ ذٰلكَ . . أقبضَهُ عنهُما .

وإنْ كانَ الحظُّ في تركِهِ . . لم يُقبِضْهُ .

وإنْ كانَ للمحجورِ عليهِ غُرماءُ[1] غيرُ المرتهنِ . . قالَ ابنُ الصبَّاغِ : لم يَجُزْ للحاكمِ تسليمُ الرهنِ إلىٰ مَنْ رَهنَهُ عندَهُ قبلَ الحجرِ ؛ لأَنَّهُ ليسَ لهُ أنْ يَبتدىءَ عقدَ الرهنِ في هٰذهِ الحالةِ ، فكذٰلكَ تسليمُ الرهنِ .

---

(١) غرماء ـ جمع غريم ، مثل : كرماء وكريم ـ : وهو الدائن والمديونُ والخصم ؛ لأنه بإلحاحه علىٰ خصامه ملازم ، وقيل فيه : (خذ من غريم السوء ما سنح) . وقد أُغرم بالشيء : أولع به .

فرعٌ : [تصرف الراهن قبل الإقباض يبطله] :

وإنْ رَهنَ عندَ غيرِهِ رَهْناً ، ثمَّ تصرَّفَ فيهِ الراهنُ قبلَ القبضِ . . نظرتَ :

فإنْ باعَهُ ، أو أصدقَهُ ، أو جعلَهُ عِوضاً في خُلعٍ[1] ، أو وهبَهُ وأقبضَهُ ، أو رهنَهُ وأقبضَهُ ، أو كانَ عبداً فأعتقَهُ ، أو كاتبَهُ . . بطلَ الرهنُ ؛ لأنَّهُ يملِكُ فسخَ الرهنِ قبلَ القبضِ ، فَجُعلتْ هذه التصرُّفاتُ اختياراً منه للفسخِ ، وإنْ كانتْ أَمَةً فزوَّجَها ، أو عبداً فزوَّجَهُ . . لم يبطلِ الرهنُ ؛ لأنَّ التزويجَ لا يُنافي الرهنَ . ولهـٰذا يصِحُّ رهنُ الأمَةِ المزوَّجةِ والعبدِ المزوَّجِ .

وإن أَجَّرَ الرهنَ ، فإن قُلنا : يجوزُ بيعُ المستأْجَرِ . . لَمْ يَنفسِخِ الرهنُ بالإجارةِ ، وإنْ قلنا : لا يجوزُ بيعُ المستأْجَرِ ، فإنْ كانتْ مدَّةُ الإجارةِ تنقضي قَبْلَ حلولِ الدَّينِ . . لَمْ ينفسخِ الرهنُ ، وإنْ كانَ الدَّينُ يَحِلُّ قَبْلَ ٱنقضاءِ مُدَّةِ الإجارةِ . . ٱنفسخَ الرهنُ بها .

وإنْ دَبَّرَ الراهنُ العبدَ المرهونَ . . **فالمنصوصُ** : (أَنَّ الرهنَ ينفسخُ) .

قالَ الربيعُ : وفيهِ قولٌ آخرُ : (أَنَّهُ لا ينفسخُ) ؛ لأنَّ تدبيرَهُ لا يمنعُ مِنْ بيعِهِ . **والأوَّلُ أَصَحُّ** ؛ لأنَّ موجَبَ التدبيرِ هو العِتْقُ ، وهو ينافي الرهنَ .

قالَ أصحابُنا : وما حكاهُ الربيعُ . . فهوَ مِنْ تخريجِهِ . وأَمَّا إذا رَهنهُ الراهنُ مِنْ آخرَ ولَمْ يُقبِضهُ ، أَو وَهبَهُ ولَمْ يُقبِضْهُ . . كانَ ذٰلكَ إبطالاً للرهنِ الأوَّلِ ، **علىٰ المشهورِ مِنَ المذهبِ** ؛ لأنَّ موجَبَهُ ينافي الرهنَ . وعلىٰ تخريجِ الربيعِ . . لا يكونُ رجوعاً في الرهنِ .

فرعٌ : [استدامة القبض] :

ٱستدامةُ القبضِ في الرهنِ ليسَ بشرطٍ في الرهنِ .

وقالَ مالكٌ ، وأبو حنيفةَ : (ٱستدامةُ القبضِ شرطٌ فيهِ) .

---

(١) في نسخة : (جُعل) .

دليلُنا : أَنَّهُ عقدٌ يُعتبرُ فيهِ القبضُ ، فلَمْ تكنِ ٱستدامتُهُ شرطاً ، كالهبةِ معَ أَبي حنيفة ، والقرضِ معَ مالكٍ رحمةُ اللهِ عليهما .

فرعٌ : [خَرَسُ الراهن] :

إذا رَهنَ شيئاً ، ثُمَّ خَرِسَ الراهنُ قبلَ الإذنِ بالقبضِ ، فإنْ كانتْ لَهُ إشارةٌ مفهومةٌ ، وأَذِنَ بالقبضِ بالإشارةِ . . جازَ للمرتَهنِ قبضُهُ ؛ لأنَّ إشارَتَه كعبارةِ الناطقِ ، وإنْ لَمْ تكنْ لَهُ إشارةٌ مفهومةٌ . . لَمْ يكنْ للمرتَهنِ قبضُ الرهنِ ؛ لعدمِ الإذنِ مِنَ الراهنِ .

وإنْ رهنهُ وأَذِنَ لَهُ بالقبضِ ، ثُمَّ خرِسَ الراهنُ قبلَ القبضِ . . قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : فينبغي أَنْ يُنظرَ :

فإنْ كانتْ للراهنِ إشارةٌ مفهومةٌ أَو كتابةٌ . . لمْ يَبطلْ إذنهُ .

وإنْ لم يكنْ لَهُ شيءٌ مِنْ ذٰلكَ . . بَطَلَ إذنُه ، كالمغمىٰ عليهِ والمجنونِ .

مسألةٌ : [موت أحد المتراهنين] :

وإنْ عُقِدَ الرهنُ ، ثُمَّ ماتَ أَحدُ المتراهنينِ قبلَ القبضِ . . **فقد نصَّ الشافعيُّ** رحمَهُ اللهُ : (أَنَّ الرهنَ لا ينفسخُ بموتِ المرتهنِ ، بلِ الراهنُ بالخيارِ : بينَ أَنْ يُقبِضَ ورثةَ المرتَهنِ ، أَو لا يُقبِضَهم) .

وحكىٰ الدارَكيُّ : أَنَّ الشافعيَّ قالَ في موضعٍ آخرَ : (إِنَّ الرهنَ ينفسخُ بموتِ الراهنِ قبلَ التسليمِ) . وٱختلفَ أصحابُنا في المسألةِ علىٰ ثلاثةِ طرقٍ :

فـ[**الطريق الأوّل**] : منهم مَنْ نَقلَ جوابَهُ في كلِّ واحدةٍ منهما إلىٰ الأُخرىٰ ، وخرَّجَهما علىٰ قولينِ :

أحدُهما : ينفسخُ بموتِ أَحدِهما ؛ لأَنَّهُ عقدٌ جائزٌ ، فَبطلَ بالموتِ ، كالوكالةِ والشركةِ .

والثاني : لا ينفسخُ بموتِ واحدٍ منهما ؛ لأَنَّهُ عقدٌ يؤولُ إلىٰ اللُّزومِ ، فلَمْ ينفسخْ بالموتِ ، كالبيعِ بشرطِ الخيارِ .

و[**الطريقُ الثاني**] : منهم مَنْ قالَ : ينفسخُ بموتِ الراهنِ ، ولا ينفسخُ بموتِ المرتَهنِ ؛ لأنَّ بموتِ المرتهنِ لا يحِلُّ الدَّينُ المؤَجَّلُ عليهِ ، وبموتِ الراهنِ يَحِلُّ الدَّينُ المؤَجَّلُ عليهِ ، فإنْ كانَ عليهِ دينٌ غيرَ دينِ المرتَهنِ . . كانَ للمرتَهنِ أُسوةُ الغرماءِ ، ولا يجوزُ للورثةِ تخصيصُ المرتهنِ بالرهنِ ، وإن لم يكنْ عليهِ دينٌ غيرُ المرهونِ بهِ . . فقد تعلَّقَ الدَّينُ بجميعِ التركةِ ، فلا وجهَ لتسليمِ الرهنِ بهِ ، وليسَ كذلكَ المرتَهِنُ ، فإنَّ مالَهُ مِنَ الدَّينِ لا يحِلُّ بموتِهِ ، فالحاجةُ باقيةٌ إلىٰ الاستيثاقِ بالرهنِ .

و[**الطريقُ الثالثُ**] : مِن أصحابِنا مَن قالَ : لا يبطلُ الرهنُ بموتِ واحدٍ منهما ، قولاً واحداً ؛ لأنَّ الرهنَ إذا لم ينفسِخْ بموتِ المرتهِنِ ، والعقدُ لا يلزمُ مِنْ جهتِهِ بحالٍ . . فلأنْ لا يبطلَ بموتِ الراهنِ ـ والعقدُ[1] قدْ لزِمَ منْ جهتِهِ بعدَ القبضِ ـ أولىٰ .

وأنكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ ما حكاهُ الدارَكيُّ ، وقالَ : بلْ كلامُ الشافعيِّ يدلُّ علىٰ : أنَّ الرهنَ لا ينفسخُ بموتِ الراهنِ ؛ لأنَّهُ قالَ في « الأُمِّ » : (وإذا رهنَ عندَ رجلٍ شيئاً ، ثمَّ ماتَ الراهنُ قبلَ أنْ يُقبضَ الرهنَ ، فإنْ كانَ عليهِ دينٌ . . كانَ لهُ أُسوةُ الغُرماءِ ، وإنْ لم يكُن عليهِ دينٌ . . فوارثُهُ بالخيارِ : بينَ أنْ يُقبِضَ الرهنَ المرتَهنَ ، أو يمنعَهُ) .

وإنْ ماتَ أحدُهما بعدَ القبضِ . . لم ينفسِخِ الرهنُ **بلا خلافٍ** ، ويقومُ وارثُ كلِّ واحدٍ منهما مقامَهُ ؛ لأنَّ الرهنَ لازمٌ مِن جهةِ الراهنِ ، والعقدُ اللازمُ لا يبطلُ بالموتِ ، كالبيعِ والإجارةِ .

مسألةٌ : [امتناع الراهن من الإقباض] :

إذا امتنعَ الراهنُ مِنَ الإقباضِ ، أو انفسخَ عقدُ الرهنِ قبلَ القبضِ . . نظرتَ :

فإنْ كانَ الرهنُ غيرَ مشروطٍ في العقدِ . . بقيَ الدَّينُ بغيرِ رهنٍ ، ولا خيارَ للمرتَهِنِ .

وإنْ كانَ الرهنُ مشروطاً في بيعٍ . . ثبتَ للبائعِ الخيارُ : بينَ فسخِ البيعِ ، وبينَ إمضائِهِ ؛ لأنَّهُ دخلَ في البيعِ بشرطِ الوثيقةِ ، ولم تَسلَّم لَهُ الوثيقةُ ، فثبتَ لَهُ الخيارُ .

---

(١) في نسخ : (الرهن) .

مسألةٌ : [لزوم الرهن بالإقباض] :

وإذا أقبضَ[(١)] الراهنُ الرهنَ . . لَزِمَ مِنْ جهتِهِ ، فلا يَملِكُ فسخَهُ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغ : **وهو إجماعٌ لا خلافَ فيهِ**[(٢)] ، ولأنَّهُ يرادُ للوثيقةِ ، فلو جازَ لهُ الفسخُ . . لم يحصلْ بذٰلكَ وثيقةٌ ، وإذا قُبِضَ الرهنُ . . فإنَّهُ يكونُ وثيقةً بالدَّينِ ، وبكلِّ جُزءٍ منهُ . فإذا رَهنَهُ عبدينِ بألفٍ ، وقبَضَهما المرتَهِنُ ، ثمَّ تَلِفَ أحدُهما . . كانَ الباقي رهناً بجميعِ الألفِ ، وبهِ قالَ أبو حنيفةَ رحمَهُ اللهُ فيما رُويَ عنهُ في الأُصولِ[(٣)] .

ورُويَ عنهُ في « الزياداتِ »[(٤)] : (أنَّ الدَّينَ يتقسَّطُ علىٰ الرهنِ) .

دليلُنا : أنَّهُ مالٌ محبوسٌ بحقٍّ ، فوجبَ أنْ يكونَ محبوساً بالحقِّ ، وبكلِّ جُزءِ منهُ ، كما لو ماتَ وخلَّفَ تركةً وديناً عليهِ . . فإنَّ التركةَ محبوسةٌ بالدَّينِ ، وبكلِّ جُزءِ منهُ ، ولأنَّهُ وثيقةٌ بحقٍّ ، فكانَ وثيقةً بالحقِّ ، وبكلِّ جُزءٍ منهُ ، كالشهادةِ ، والضَّمانِ .

فإذا قضىٰ الراهنُ الدَّينَ ، أو أبرأَهُ منهُ المرتَهِنُ ، والرهنُ في يدِ المرتهِنِ . . بقيَ في يدِهِ أمانةً .

وقالَ أبو حنيفةَ : (إنْ قضاهُ الراهنُ . . كانَ الرهنُ مضموناً علىٰ المرتهِنِ ، وإنْ أبرأَهُ المرتَهِنُ ، أو وهبَهُ ، ثمَّ تَلِفَ الرهنُ في يدِه . . لم يضمنهُ ٱستحساناً[(٥)] ؛ لأنَّ البراءةَ والرهنَ لا تقتضي الضمانَ) . وهٰذا مناقضةٌ منهُ ؛ لأنَّ القبضَ المضمونَ عندَهُ لم يَزَلْ ، ولم يُبرِّئْهُ منهُ .

---

(١) في النسخ : (قبض) ، والتصويب من « المهذب » (١/٣٠٦) .

(٢) لقوله تبارك وتعالىٰ : ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ ﴾ . فوصفُ الرهن بالقبض يدلُّ علىٰ : أنه لا يلزم إلا به .

(٣) **الأصول** : وتعني خمس كتب معروفة بنقل ظاهر الرواية من مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان وهي : « المبسوط » ، و« الجامع الصغير » ، و« الجامع الكبير » ، و« السير الصغير » ، و« السير الكبير » من كتب محمَّد بن الحسن الشيباني .

(٤) « الزيادات » : وهو أيضاً في الفقه لمحمَّد بن الحسن .

(٥) في نسخة : (استحباباً) .

فرعٌ : [أسلم بطعام وأخذ رهناً] :

وإنْ أسلمَ في طعامٍ ، فأخذَ بهِ رهناً ، ثمَّ تقايلا عقدَ السَّلَمِ . . بَرِىءَ المُسْلَمُ إليهِ مِنَ الطعامِ ، ووجبَ عليهِ ردُّ رأسِ مالِ المسْلِمِ ، وبَطَلَ الرهنُ ؛ لأنَّ الدَّينَ الذي ٱرتهنَ بهِ قد سقطَ ، ولا يكونُ لهُ حبسُ الرهنِ ، إلاَّ أنَّهُ يأخذُ رأسَ المالِ ؛ لأنَّهُ لم يرهنْهُ بهِ .

وإنِ ٱقترضَ منهُ ألفاً ، ورهنَهُ بها رهناً ، ثمَّ أخذَ المُقرِضُ بالألفِ عيناً . . سقطتِ الألفُ عَنْ ذِمَّةِ المقترضِ ، وبطلَ الرهنُ ، فإنْ تَلِفَتِ العينُ في يدِ المقترضِ قبلَ أنْ يقبضَها المقرِضُ . . ٱنفسخَ القضاء[1] ، وعادَ القرضُ والرهنُ ؛ لأنَّهُ متعلِّقٌ بهِ ، وقد عادَ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وإنْ باعَ مِن رجلٍ كُرَّ طعامٍ بأَلفِ درهمٍ إلىٰ أَجلٍ ، وأَخذَ بالثمنِ رهناً ، فإذا حلَّ الأَجلُ ، أَو كانَ حالاً . . فللبائعِ أَنْ يأْخذَ منهُ بدلَ الثمنِ دنانيرَ ، فإذا أَخذها . . ٱنفسخَ الرهنُ ، وإنْ تفرَّقا قبلَ القبضِ . . بطلَ القضاءُ ، وعادَ الثمنُ إلىٰ ذمَّةِ المشتري ، ويعودُ الرهنُ ؛ لأَنَّ الرهنَ مِنْ حقِّ ذٰلكَ الثمنِ ، فسقطَ بسقوطِهِ ، فإذا عادَ الثمنُ . . عادَ بحقِّهِ .

وإنِ ٱبتاعَ منهُ مئةَ دينارٍ بأَلفِ درهَمٍ في ذِمَّتِهِ ، ودفعَ عنِ الدراهمِ رهناً . . صحَّ ، فإنْ تقابضا في المجلسِ . . صحَّ الصرفُ ، وٱنفكَّ الرهنُ ، وإنْ تفرَّقا مِنْ غيرِ قبضٍ . . بطلَ الصرفُ والرهنُ .

---

(١) كذا في (م) ، وفي النسخ : (القرض) . لكن نقل في « تكملة المجموع » (١٣/ ٢٧٣) عن الرافعي المسألة كما يلي : لو اعتاض عن الدين عيناً . . ارتفع الرهن أيضاً ؛ لتحوُّل الحقِّ من الذمة إلىٰ العين ، ثم لو تلفت العين قبل التسليم . . بطل الاعتياض ، ويعود الرهن كما عاد الدين .
فعلىٰ هـٰذا : يكون معنىٰ القضاء : الاعتياض ، أي قضاء عين بدل دين بالذمة ، والله أعلم .

فرعٌ : [الرهن من اثنين] :

وإنْ كانَ لرجلٍ علىٰ رجلينِ دينٌ ، فرهناهُ مِلكاً بينَهما مُشاعاً . . جازَ ، كما لو باعا ذٰلكَ منهُ ، فإذا قضاهُ أَحدُهما ما عليهِ لَهُ ، أَو أَبرأَ المرتهِنُ أَحدَهما . . انفكَّ نصفُ الرهنِ ؛ لأَنَّ الصفْقَةَ إذا حصلَ في أَحدِ شطريها عاقدانِ . . فهما عقدانِ ، فلا يقفُ الفِكَاكُ في أَحدِهما علىٰ الفِكَاكِ في الآخرِ ، فإنْ طلبَ مَنِ انفكَّ نصيبُهُ القِسمةَ . . نظرتَ :

فإنْ كانَ الرهنُ ممَّا لا تتساوىٰ أَجزاؤُهُ ، كالثيابِ ، والحَيَوانِ ، أَو كانا دارينِ ، فأَرادَ مَنِ انفكَّ نصيبُهُ أَنْ يجعلَ كلَّ دارٍ بينَهما . . لَمْ يَجُزْ ذٰلكَ مِنْ غيرِ إذنِ المرتَهِنِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ مناقلةٌ ، والرهنُ يمنعُ مِنْ ذٰلكَ .

وإنْ كانَ الرهنُ ممَّا تتساوىٰ أَجزاؤُهُ ، كالطعامِ . . فلَهُ المطالبةُ بقسمتِهِ ؛ لأَنَّهُ لا ضررَ علىٰ المرتَهِنِ بذٰلكَ ، وهٰكذا : إذا كانتِ الأرضُ متساويةَ الأَجزاءِ . . فهيَ كالطعامِ .

وإنْ كانَ الرهنُ ممَّا تَنقُصُ قيمتُهُ بالقسمةِ ، كالحُجْرَةِ الواحدةِ إذا أَرادَ قسمتَها نصْفينِ . . فهل للمرتَهِنِ أَنْ يَمتنعَ ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : لَهُ أَنْ يَمتنعَ ؛ لأَنَّ الضررَ يدخلُ عليهِ بذٰلكَ .

والثاني : ليسَ لَهُ أَنْ يمتنعَ ؛ لأَنَّ المرتَهنَ[1] عندَهُ النصفُ ، فلا يَملِكُ الاعتراضَ علىٰ المالكِ فيما لا حقَّ لَهُ فيهِ . هٰذا نقلُ البغداديِّينَ مِنْ أصحابنا .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٢٦٢] : إن قُلنا : إنَّ القسمةَ فرزُ النصيبينِ . . جازتِ القسمةُ ، وإنْ قلنا : إنَّها بيعٌ . . لم تَجُزْ .

وإنْ رهنَ رجلٌ مِلكاً لَهُ عندَ رجلينِ بدينٍ لهما عليهِ ، فقضىٰ أَحدَهما دينَهُ ، أَو أَبرأَهُ أَحدُهما عَنْ دينِهِ . . انفكَّ نصفُ الرهنِ ؛ لأَنَّ في أَحدِ شطري الصفْقَةِ عاقدينِ ، فهما كالعقدينِ ، والحُكمُ في القسمةِ ما مضىٰ .

---

(١) في نسختين : (المرهون) .

مسألةٌ : [العيب في الرهن] :

وإذا قبضَ المرتَهِنُ الرهنَ ، ثُمَّ وجدَ بهِ عيباً كانَ موجوداً في يدِ الراهنِ . . نظرتَ :

فَإنْ كانَ الرهنُ غيرَ مشروطٍ في عقدِ البيعِ . . فلا خيارَ للمرتهنِ في فسخِ البيعِ ؛ لأنَّ الراهنَ متطوِّعٌ بالرهنِ .

وإنْ كانَ الرهنُ مشروطاً في عقدِ البيعِ . . ثبتَ للبائعِ الخيارُ في فسخِ البيعِ ؛ لأنَّهُ لَمْ يَسلَمْ لَهُ الشرطُ .

وإنْ لَمْ يَعلمْ بالعيبِ حتَّىٰ هلكَ الرهنُ عندَهُ ، أَو حدثَ عندَهُ بهِ عيبٌ . . لَمْ يثبتْ لَهُ الخيارُ ؛ لأَنَّهُ لا يمكنُهُ ردُّ الرهنِ كما أُخِذَ ، ولا يَثبتُ لَهُ أَرشُ العيبِ ، كما يَثبتُ للمشتري أَرشُ العيبِ ، والفرقُ بينَهما : أَنَّ المبيعَ يُجبَرُ البائعُ علىٰ إقباضِهِ ، فأُجبِرَ علىٰ دفعِ الأَرشِ ، والراهنُ لا يُجبرُ علىٰ إقباضِ الرهنِ ، فلَمْ يُجبَرْ علىٰ دفعِ الأَرشِ ، ولأَنَّ المبيعَ لو تلِفَ جميعُهُ في يدِ البائعِ قبلَ التسليمِ . . لوجبَ عليهِ ضمانُهُ بالثمنِ ، وهاهنا لو تَلِفَ الرهنُ في يدِ الراهنِ قبلَ التسليمِ . . لَمْ يَجبْ عليهِ بدلُهُ ، فلَمْ يجبْ عليهِ بدلُ جزءٍ منهُ ، ولأَنَّا لو قلنا : لا أَرشَ للمشتري . . لأَسقطنا حقَّهُ ، وهاهنا لا يسقطُ حقُّ المرتهِنِ ؛ لأنَّ حقَّهُ في ذمَّةِ الراهنِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فلو باعَهُ شيئاً بشرطِ أَنْ يَرهنَهُ عبدينِ ، فرهنَهما عندَهُ ، وأَقبضَهُ أَحدَهما دونَ الآخرِ ، وتَلِفَ عندَ المُرتَهِنِ ، وٱمتنعَ الراهنُ مِنْ إقباضِ الثاني ، أو تلِفَ في يدِ الراهنِ . . لَمْ يكنْ للمرتهنِ الخيارُ في فسخِ البيعِ ؛ لأَنَّهُ لا يمكنُ ردُّ العبدِ الذي قَبضَ ، فيُمضي البيعَ بلا رَهنٍ .

وباللهِ التوفيقُ

* * *

بابُ ما يجوزُ رهنُهُ وما لا يجوزُ

كلُّ ما لا يجوزُ بيعُهُ ، كالكلبِ ، والخنزيرِ ، وما أَشبهَهُما . . لا يجوزُ رهنُهُ ؛ لأَنَّ الرهنَ يُرادُ ليُستوفَىٰ الحقُّ مِنْ ثمنِهِ ، وهٰذا لا يوجدُ فيما لا يجوزُ بيعُهُ .

مسألةٌ : [رهن شيء رطب يقبل التجفيف] :

وإِنْ رهنَهُ شيئاً رَطْباً يُسرعُ إِليهِ الفسادُ ، فإِنْ كانَ مِمّا يمكنُ تجفيفُهُ كالرُّطَبِ والعِنَبِ . . صحَّ رهنُهُ ، ووجبَ علىٰ الراهنِ مؤْنَةُ تجفيفِهِ ، كما يجبُ عليهِ مؤْنةُ حفظِهِ ، وعلفُ الحَيَوانِ ، وإِنْ كانَ ممّا لا يمكنُ تجفيفُهُ ، كالبقلِ ، والبطِّيخِ ، والهَريسِ . . نظرت :

فإِنْ رَهنَهُ بحقٍّ حالٍّ ، أَو بمؤَجَّلٍ يَحِلُّ قبلَ فسادِهِ . . صحَّ الرهنُ ؛ لأَنَّهُ يمكنُ ٱستيفاءُ الحقِّ مِنْ ثمنِهِ .

وإِنْ رهنَهُ بدينٍ مؤَجَّلٍ يَفسُدُ قبلَ حلولِ الدَّينِ . . نظرتَ :

فإِنْ شَرَطَ المُرتَهِنُ علىٰ الراهنِ بيعَ الرهنِ عندَ خوفِ الفسادِ ؛ ليكونَ ثمنُهُ رهناً . . صحَّ الرهنُ ؛ لأَنَّ الغَرَضَ يحصلُ بذٰلكَ .

وإِنْ شَرَطَ الراهنُ أَنْ لا يباعَ إِلاَّ بعدَ حلولِ الحقِّ . . لَمْ يَصِحَّ الرهنُ ؛ لأَنَّهُ يتلَفُ ، ولا يحصلُ المقصودُ ، وإِنْ أَطلقا ذٰلكَ . . ففيهِ قولانِ :

أحدُهما : يَصِحُّ الرهنُ ، فإِذا خيفَ عليهِ الفسادُ . . بيعَ ، وجُعِلَ ثمنُهُ رهناً ؛ لأَنَّ العقدَ يُبنىٰ علىٰ عُرفِ الناسِ ، وفي عُرفِهِم : أَنَّ المالكَ لا يَتركُ مِنْ مالِهِ ما يَخافُ عليهِ الفسادَ ليفسدَ .

والثاني : لا يَصِحُّ الرهنُ ، **وهو الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ لا يمكنُ إِجبارُ الراهنِ علىٰ إِزالةِ مِلكِهِ قبلَ حلولِ الدَّينِ ، فإِذا كانَ كذٰلكَ . . فلا يمكنُ ٱستيفاءُ الحقِّ مِنْ ثمنِهِ ، فلَمْ يَصِحَّ رَهنُهُ ، كَأُمِّ الولدِ .

مسألةٌ : [رهن العبد المعلق عتقه علىٰ صفة] :

وإنْ علَّقَ عِتقَ عبدِهِ علىٰ صفةٍ ، ثُمَّ رهنَهُ . . ففيهِ ثلاثُ مسائلَ :

الأُولىٰ : إذا قالَ : إذا جاءَ رأسُ الشهرِ . . فأنتَ حرٌّ ، ثُمَّ رهنَهُ بحقٍّ حالٍّ ، أَو بمؤَجَّلٍ يَحِلُّ قبلَ مجيءِ رأْسِ الشهرِ . . فيَصِحُّ الرهنُ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّهُ يمكنُ ٱستيفاءُ الحقِّ مِنْ ثمنِهِ .

الثانيةُ : أَنْ يَرهنَهُ بحقٍّ مؤَجَّلٍ توجدُ الصفةُ قبلَهُ ، **فقدْ قالَ عامَّةُ أَصحابِنا** : لا يصحُّ ، قولاً واحداً .

وقالَ أَبو عليٍّ االطبريُّ : فيهِ قولانِ ، كرهنِ ما يُسرعُ إِليهِ الفسادُ . **والصحيحُ هو الأوَّلُ** ؛ لأنَّ الطعامَ الرَّطبَ ، الظاهرُ مِنْ جهةِ الراهنِ بيعُهُ إِذا خِيفَ عليهِ الفسادُ وجَعْلُ ثَمَنِهِ رهناً ، والظاهرُ ممَّنْ علَّقَ عِتْقَ عبدِهِ علىٰ صفةٍ : أَنَّهُ أَرادَ إِيقاعَ العِتْقِ بذٰلكَ .

الثالثةُ : إذا علَّقَ عِتْقَهُ علىٰ صفةٍ يجوزُ أَنْ توجدَ قبلَ حلولِ[1] الدَّينِ ، ويجوزُ أَنْ يحِلَّ الدَّينُ قبلَها ، بأَنْ يقولَ : إذا قَدِمَ زيدٌ . . فأنتَ حرٌّ . أَو إذا دخلتَ الدارَ ، أَو كلَّمتَ زيداً . . فأنتَ حرٌّ . . فهلْ يَصِحُّ رهنُهُ هاهنا بعدَ ذٰلكَ ؟ فيهِ قولانِ :

أحدُهما : يَصِحُّ الرهنُ ؛ لأَنَّ وقوعَ العِتقِ قبلَ مَحِلِّ الدَّينِ مشكوكٌ فيهِ .

والثاني : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ الصفةَ قد توجدُ قبلَ مَحِلِّ الدَّينِ ، فيبطلُ الرهنُ ، وذٰلكَ غررٌ مِنْ غيرِ حاجةٍ ، فلَمْ يَجُزْ . **هٰذا قولُ عامَّةِ أَصحابِنا** .

وقالَ أَبو عليٍّ في « الإِفصاحِ » : لا يَصِحُّ رَهنُهُ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّهُ عَقدَ الرهنَ علىٰ غررٍ .

مسألةٌ : [رهن عبده بعد تدبيره] :

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (ولو دبَّرهُ ، ثُمَّ رَهنهُ . . كانَ الرهنُ مفسوخاً) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّهُ إذا قالَ لعبدِهِ : إذا مِتُّ . . فأَنتَ حرٌّ ، ثُمَّ رَهنَهُ بعدَ ذٰلكَ . . فٱختلفَ أَصحابنا في صحَّةِ الرهنِ علىٰ ثلاثِ طرقٍ :

---

(١) في نسخ : (محل) .

فـ [أَحدُها] : منهم من قالَ : إن قُلنا : إنَّ التدبيرَ وصيَّةٌ . . صحَّ الرهنُ ، وبَطَلَ التدبيرُ ؛ لأنَّ الوصيَّةَ يجوزُ الرجوعُ فيها بالقولِ ، فَجُعِلَ الرهنُ رجوعاً . وإن قُلنا : إنَّ التدبيرَ عِتقٌ بصفةٍ . . لَمْ يَصِحَّ الرهنُ ؛ لأنَّهُ لا يَصِحُّ الرجوعُ فيهِ إلاَّ بتصرُّفٍ يزيلُ المِلكَ .

قالَ : وقولُ الشافعيِّ رحمه الله : (كانَ الرهنُ مفسوخاً) أَرادَ علىٰ هـٰذا القولِ .

و [الثاني] : منهم من قالَ : لا يَصِحُّ الرهنُ ، قولاً واحداً ، وعليهِ يدلُّ ظاهرُ قولِهِ في « الأمِّ » [٣/ ١٤٠] ؛ لأنَّهُ قالَ : (إذا دبَّرَ عبدَهُ ، ثُمَّ رَهنَهُ . . كانَ الرهنُ مفسوخاً . ولو قالَ : كنتُ رجعتُ عَنِ التدبيرِ قبلَ الرهنِ . . فهل يَصِحُّ الرهنُ ؟ فيهِ قولانِ) . وهـٰذا نصٌّ في أَنَّهُ لا يَصِحُّ الرهنُ قبلَ الرجوعِ ، قولاً واحداً ، ولأَنّا وإن قُلنا : إنَّ التدبيرَ وصيَّةٌ ، إلاَّ أَنَّهُ أَقوىٰ مِنَ الوصيَّةِ ، بدليلِ : أَنَّهُ يتنجَّزُ بالموتِ مِنْ غيرِ قَبولٍ ، بخلافِ الوصيَّةِ .

و [الثالثُ] : منهم مَنْ قالَ : يَصِحُّ الرهنُ ، قولاً واحداً ، ولا يَبطُلُ التدبيرُ ؛ لأنَّ الشافعيَّ قالَ : (كلُّ ما جازَ بيعُهُ . . جازَ رهنُهُ) . والمدبَّرُ يجوزُ بيعُهُ ، قولاً واحداً ، فكذٰلكَ رهنُهُ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : **والطريقةُ الأُولىٰ أَصَحُّ** ، والثانيةُ ظاهرُ كلامِهِ ، والثالثةُ مخالفةٌ للنصِّ والقياسِ .

فإذا قلنا بالطريقةِ الأُولىٰ ، وأَنَّ الرهنَ يَصِحُّ إذا قلنا : إنَّ التدبيرَ وصيَّةٌ . . فإنَّ التدبيرَ يبطُلُ ، وهو ٱختيارُ المُزنيِّ . فإنْ قضىٰ الحقَّ مِنْ غيرِهِ . . فلا كلامَ ، ولَمْ يَعتِقِ العبدُ بالموتِ إلاَّ بتدبيرٍ ثانٍ أو عِتقٍ ، وإنْ لَمْ يَقضِهِ مِنْ غيرِهِ . . بِيعَ العبدُ في الدَّينِ .

وإن قُلنا بالطريقةِ الثانيةِ ، وأَنَّ الرهنَ لا يَصِحُّ . . فالعبدُ علىٰ تدبيرِهِ .

وإن قُلنا بالطريقةِ الثالثةِ ، وأَنَّ الرهنَ صحيحٌ ، والتدبيرَ صحيحٌ . . نظرتَ :

فإنْ حَلَّ الحقُّ ، وقضىٰ الحقَّ مِنْ غيرِ الرهنِ . . بقيَ العبدُ علىٰ تدبيرِهِ .

وإنْ لَمْ يقضِهِ مِنْ غيرِهِ . . قيلَ لَهُ : أَترجِعُ في التدبيرِ ؟ فإنِ ٱختارَ الرجوعَ فيهِ

ورجعَ[1] . . بِيعَ العبدُ في الدَّينِ ، وإِنْ لَمْ يَختَرِ الرجوعَ فيهِ ، فإِنْ كانَ له مالٌ غيرُ العبدِ . . أُجبرَ علىٰ قضاءِ الدَّينِ منهُ ، وبقيَ العبدُ علىٰ التدبيرِ ، وإِنْ لَمْ يكنْ لَهُ مالٌ غيرُهُ . . ففيهِ وجهانِ :

[**الأوّلُ**] : مِنْ أصحابنا مَنْ قالَ : يُحكمُ بفسادِ الرهنِ ؛ لأنّا إِنّما صحّحنا الرهنَ رجاءَ أَنْ يَرجِعَ في التدبيرِ ، فيباعَ . وتأوّلَ هـٰذا القائلُ قولَ الشافعيِّ : (كانَ الرهنُ مفسوخاً) علىٰ هـٰذا الموضعِ .

و [**الثاني**] : منهم مَنْ قالَ : يباعُ في الدَّينِ ، **وهو الصحيحُ** ؛ لأنّا إِذا حكمنا بصحّةِ الرهنِ . . لم يتعقّبْهُ الفسادُ بامتناعِ الراهنِ ، ومِنْ حُكْمِ الرهنِ أَنْ يباعَ في الدَّينِ .

فرعٌ : [رهن العبد ثم دبره] :

وإِنْ رَهنَ عبدَهُ ، ثُمَّ دبَّرهُ ، فَإِنْ دبَّرهُ قبلَ أَن يُقبِضَهُ . . كانَ فسخاً للرهنِ ، **علىٰ المنصوصِ** ، وعلىٰ تخريجِ الرَّبيعِ لا يكونُ فسخاً ، وقد مضىٰ ذِكرُهُ .

وإِنْ أَقبضَهُ ، ثُمَّ دبَّرهُ . . قالَ الشافعيُّ : (أَوقفتَ التدبيرَ ، فَإِنْ حلَّ الحقُّ ، وقضىٰ الدَّينَ مِنْ غيرِ الرهنِ . . خَرجَ العبدُ مِنَ الرهنِ ، وكانَ مدبّراً . وإِنْ لَمْ يَقضِهِ من غيرِهِ ، فإِنْ باعَهُ . . صحَّ ، وبَطَلَ التدبيرُ . وإِن لَمْ يختَرِ الرجوعَ في التدبيرِ ، فإِنْ كانَ لهُ مالٌ غيرُهُ . . أُجبرَ علىٰ قضائِهِ منهُ ، وبقيَ العبدُ علىٰ التدبيرِ . وإِنْ لَمْ يكنْ لَهُ مالٌ غيرُ العبدِ . . بيعَ في الدَّينِ ، وبَطلَ التدبيرُ . وإِنْ ماتَ الراهنُ قبلَ قضاءِ الدَّينِ . . فقد حلَّ الدَّينُ بموتِهِ ، فَإِنْ خلَّفَ تَركةً تفي بالدَّينِ غيرَ العبدِ . . قُضيَ الدَّينُ منها ، وعَتَقَ العبدُ مِنْ ثُلثِ ما يَبقىٰ . وإِنْ لَمْ يكنْ لَهُ مالٌ غيرُهُ ، فإِنْ كانَ الدَّينُ يَستغرقُ قيمةَ العبدِ . . بيعَ العبدُ في الدَّينِ ، وإِنْ كانتْ قيمتُهُ أكثرَ مِنَ الدَّينِ . . بيعَ منهُ بقدْرِ الدَّينِ ، وعَتَقَ ثُلُثُ ما يَبقىٰ منه بالتدبيرِ ، وإِنْ أَجازَ الورثةُ عِتقَ باقيهِ . . نَفَذَ) .

---

(١) في (م) : (فإن اختار الرجوع فيه . . صح) . أي : بيع العبد في الدين .

مسألةٌ : [رهنُ قسطٍ من مُشاع] :

وما صحَّ رهنهُ . . صحَّ رهنُ جزءٍ منهُ مُشاعاً ، سواءٌ كانَ ممّا يَنقسمُ ، كالدورِ والأَرضينَ ، أَو ممّا لا يَنقسمُ ، كالجواهرِ ، وسواءٌ رَهنَهُ مِنْ شريكِهِ أَو مِنْ غيرِهِ ، وبهِ قالَ مالكٌ ، والأَوزاعيُّ ، وٱبنُ أَبي ليلىٰ ، وعثمانُ البَتّيُّ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يَصِحُّ رهنُ المُشاعِ مِنْ غيرِ شريكِهِ) . وفي رهنِه مِنْ شريكِهِ روايتانِ ، وإِنْ طرأَتِ الإِشاعةُ علىٰ الرهنِ ، بأَنْ يَبيعَ بعضَهُ بإِذنِ المُرتهِنِ . . فهل يبطُلُ الرهنُ ؟ فيهِ روايتانِ عنهُ .

دليلُنا : أَنَّ المُشاعَ يَصِحُّ بيعُهُ ، فصَحَّ رهنهُ ، كالمُفرَدِ ، ولأَنَّ كلَّ مَنْ جازَ لَهُ أَنْ يَرتهنَ المُفرَدَ . . جازَ لَهُ أَنْ يَرتهِنَ المُشاعَ . أَصلُهُ إِذا ٱرتهنَ رجلانِ مِنْ رجلٍ شيئاً ؛ لأَنَّ الرهنَ مُشاعٌ بين المُرتَهِنينِ .

وإِنْ كانَ بينَ رجلينِ دارٌ فيها بيوتٌ ، فَرهنَ أَحدُهما نصيبَهُ مِنْ بيتٍ ، مِنْ غيرِ شريكِهِ ، فإِنْ كانَ بإِذنِ شريكِهِ . . صحَّ الرهنُ ، وإِنْ كانَ بغيرِ إِذنِهِ . . ففيهِ وجهانِ :

أحدُهما : يَصِحُّ ، كما يَصِحُّ بيعُهُ .

والثاني : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ في ذٰلكَ ضرراً علىٰ شريكه ؛ لأَنَّهما قد يقتسمانِ ، فيقعُ هٰذا البيتُ في حقِّ شريكِهِ ، فيكونُ قدْ رَهنَ مِلكَ غيرِهِ بغيرِ إِذنِهِ ، بخلافِ البيعِ ، فإِنَّهُ إِذا باعَهُ . . زالَ مِلكُهُ فيهِ ، ولا يَملِكُ المقاسمةَ علىٰ ما باعَ .

إذا ثبتَ هٰذا : ورَهنَ شِقْصاً مُشاعاً في عينٍ بينَهُ[1] وبينَ غيرِه ، فإِنْ كانَ ممّا لايُنقلُ . . فإِنَّ الراهنَ يُخلّي بينَهُ وبينَ المرتهِنِ ، سواءٌ حَضرَ الشريكُ أَو لم يَحضُر . وإِنْ كانَ ممّا يُنقلُ ، كالجواهِرِ ، والعبيدِ ، وما أَشبهها . . فإِنَّ القبضَ لا يحصلُ فيها إِلاَّ بالنقلِ ، ولا يمكنُهُ تناولُها إِلاَّ بإِذنِ الشريكِ ، فإِنْ رضيَ الشريكُ . . تناولَها ، وإِنِ ٱمتنعَ ، فإِنْ رضيَ المرتَهِنُ أَنْ تكونَ في يدِ الشريكِ . . جازَ ، ونابَ عنهُ في القبضِ . وإِنْ تنازعا . . فإِنَّ الحاكمَ يُنصِّبُ عدلاً يكونُ في يدِهِ لهُما ، وإِنْ كانَ ممّا لهُ منفعةٌ . . أَجَّرَهُ عليهما .

---

(١) في (م) : (سهماً مشاعاً في جنس بينه . .) .

مسألةٌ : [لا يرهن إلا ما يملك] :

ولا يجوزُ رَهنُ مالِ الغيرِ مِن غيرِ إذنِهِ ؛ لأَنَّهُ لا يقدِرُ علىٰ تسليمِهِ ، فهوَ كما لو رَهنَهُ سمكةً في البحرِ . وإنْ كانَ في يدِهِ مالٌ لمَنْ يَرِثُهُ ، فباعَهُ ، أو رَهنَهُ قبلَ أنْ يعلَمَ بموتِهِ ، ثمَّ بانَ أنَّهُ كانَ قد ماتَ قبلَ البيعِ والرهنِ . . ففيهِ وجهانِ :

أحدُهما ـ وهوَ المنصوصُ ـ : (أنَّهُ لا يصِحُّ) ؛ لأَنَّهُ باعَ ورَهنَ ما لا يعتقِدُهُ مِلكَهُ ، فكانَ متلاعباً في ذٰلكَ . . فلم يصِحَّ .

والثاني : يصِحُّ ؛ لأَنَّهُ بانَ أنَّهُ مَلكَهُ .

وهٰكذا : لو وكَّلَ رجلاً يشتري لَهُ عبداً بعينِهِ ، فباعَهُ الموكِّلُ ، أو رهنَهُ قبلَ أنْ يعلَمَ بالشراءِ ، أو قالَ : بعتُكَ هٰذا العبدَ إنْ كانَ لي ، فبانَ أنَّهُ كانَ لهُ ، أو كانَ لَهُ مالٌ في صندوقٍ ، وكانَ قد رآهُ المرتَهِنُ ، فرهنَهُ ، أو باعَهُ وهو لا يتحقَّقُ كونَهُ فيهِ ، ثمَّ بانَ أنَّهُ كانَ فيهِ . . قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : **فعلىٰ هٰذينِ الوجهينِ** : **المنصوصُ** : (أنَّهُ لا يصِحُّ) .

فرعٌ : [رهن منفعة كسكنىٰ دار] :

وإنْ رهَنَهُ سُكنىٰ دارٍ . . لم يصِحَّ ؛ لأنَّ الدَّينَ إنْ كانَ مؤجَّلاً . . فالمنافعُ تتلفُ إلىٰ وقتِ الحُلولِ ، وإنْ كانَ الدَّينُ حالاً . . لم يحصلِ الاستيثاقُ ؛ لأَنَّهُ كلَّما مضىٰ جُزءٌ . . فاتَ ، والرهنُ لا يلزمُ إلاَّ بالقبضِ ، والقبضُ لا يمكنُ في السُّكنىٰ إلاَّ بإتلافِهِ ، فكأَنَّهُ رَهنَهُ ما لا يمكنُهُ إقباضُهُ . فإنْ قالَ : أردتُ بهِ : إنْ أجَّرتها تكونُ الأُجرةُ رَهناً . . لم يصِحَّ أيضاً ؛ لأَنَّهُ لا يدري بكَم يؤاجرُها ، فكانَ باطلاً .

مسألةٌ : [رهن المشتري قبل القبض] :

وإنِ ٱشترىٰ عيناً ، فرهنَها قبلَ أنْ يَقبِضَها ، فإنْ كانَ قبلَ أنْ يدفعَ الثمنَ . . لم يصِحَّ الرهنُ ؛ لأَنَّها مرهونةٌ بالثمنِ ، وكذٰلكَ إنْ رهنَها بثمنِها . . لم يصِحَّ ؛ لأَنَّها قد صارتْ مرهونةً بهِ ، وإنْ نقدَ الثمنَ ، ثمَّ رهنَها . . ففيهِ وجهانِ :

أحدُهما : لا يصِحُّ ؛ لأنَّ عقدَ الرهنِ يفتقرُ إِلىٰ القبضِ ، فلم يصِحَّ في المبيعِ قبلَ القبضِ ، كما لو باعَهُ ، وفيهِ ٱحترازٌ مِنَ العِتقِ والتزويجِ .

والثاني : يصِحُّ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّ الرهنَ لا يقتضي الضمانَ علىٰ المرتَهِنِ ، فصحَّ فيما لم يدخلْ في ضمانِهِ ، بخلافِ البيعِ .

مسألةٌ : [بيع الدين ورهنه] :

وفي بيعِ الدَّينِ المستقِرِّ ، وهبتِهِ ، ورهنِهِ من غيرِ مَن هوَ عليهِ . . ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدُها : لا يصِحُّ واحدٌ منها ؛ لأَنَّهُ غيرُ مقدورٍ علىٰ تسليمِهِ ، فلم يصِحَّ ، كالسَّمَكِ في الماءِ .

والثاني : يصِحُّ الجميعُ منها ، وهو ٱختيارُ ٱبنِ الصبّاغِ ؛ لأَنَّ الذِّممَ تجري مجرىٰ الأعيانِ ، ألا ترىٰ أَنَّهُ يصِحُّ أنْ يشتريَ بثمنٍ في ذمَّتِهِ ويبيعَ فيها ، كما يجوزُ أن يشتريَ الأعيانَ ويبيعَها ، إِلاَّ أَنَّ البيعَ لا يفتقرُ لزومُهُ إِلىٰ القبضِ ، وفي الهبةِ والرهنِ لا يلزمانِ مِن غيرِ قبضٍ ، كما قلنا في الأعيانِ .

والثالثُ : أنَّ البيعَ والهبةَ يصِحّانِ ويلزمانِ مِن غيرِ قبضٍ ، ولا يصِحُّ الرهنُ ؛ لأَنَّ البيعَ والهبةَ تمليكٌ ، فجرىٰ مجرىٰ الحَوالَةِ ، بخلافِ الرهنِ .

مسألةٌ : [رهنُ الرهنِ عند آخر] :

وإِنْ رهَنَ عبداً عندَ رجلٍ ، وأقبضَهُ إِيّاهُ ، فقبضَهُ ، ثمَّ رَهنَهُ الراهنُ عندَ آخرَ مِن غيرِ إِذنِ الأوَّلِ . . لم يصِحَّ الرهنُ الثاني ؛ لأنَّ ما يُستحقُّ بعقدٍ لازمٍ لا يجوزُ أَنْ يُعقدَ عليهِ مثلُهُ مِن غيرِ إِذنِ مَن لَهُ الحقُّ ، كما لو باعَ عيناً مِن زيدٍ ، ولزِمَ البيعُ ، ثمَّ باعَها مِن عمرٍو .

فقولُنا : (بعقدٍ لازمٍ) ٱحترازٌ مِنَ الرهنِ قبلَ القبضِ ، ومِنْ إِعارةِ ما أعارَهُ .

وقولُنا : (لا يجوزُ أنْ يُعقدَ عليهِ مثلُهُ) ٱحترازٌ مِنْ عقدِ الإِجارةِ علىٰ الرهنِ ، فإِنَّهُ يصِحُّ بغيرِ إِذنِ المُرتَهِنِ .

وقولنا : (مِن غيرِ إذنِ مَنْ لَهُ الحقُّ) ٱحترازٌ مِن المرتَهِنِ ؛ لأنَّ المرتهنَ لو أذِنَ في رهنِهِ مِن غيرِه . . صحَّ .

وإنْ رهنَ رجلاً عبداً بألفِ درهمٍ ، ثمَّ رهنَهُ غيرَهُ بألفٍ أُخرىٰ . . ففيهِ قولانِ :

[أحدُهما] : قالَ في **القديمِ** : (يصِحُّ) . وبهِ قالَ مالكٌ ، وأبو يوسفَ ، والمزنيُّ ؛ لأنَّهُ لمّا جازَ أنْ يزيدَهُ في الحقِّ الواحدِ رهناً آخرَ . . جازَ أيضاً أنْ يرهنَ الرهنَ الواحدَ بحقٍّ آخرَ ، ولأنَّ الرهنَ وثيقةٌ ، كالضمانِ ، فلمّا جازَ أنْ يضمنَ عنْ غيرِهِ حقّاً ، ثمَّ يَضمنَ عنهُ حقّاً . . جازَ في الرهنِ مثلُهُ .

و [الثاني] : قالَ في **الجديدِ** : (لا يصِحُّ) . وبهِ قالَ أبو حنيفةَ ؛ لأنَّهُ رهنٌ لازمٌ بدينٍ ، فلم يَجُزْ رَهنُهُ بدينٍ آخرَ ، كما لو رهنَهُ عندَ غيرِهِ ، وفيهِ ٱحترازٌ مِن رهنِهِ قبلَ القبضِ .

فعلىٰ هٰذا : إنْ أرادَ أنْ يرهنَهُ بألفينِ . . فسخَ الأوّل ، ثمَّ يَرهنُهُ بالألفينِ . فإنْ رَهنَهُ بألفٍ ، ثمَّ رَهنَهُ بألفٍ آخرَ ، وأقرَّ أنَّهُ رَهنَهُ بالألفينِ . . كانَ الإقرارُ صحيحاً في الظاهرِ والباطنِ على **القديمِ** ، وأمّا على **الجديدِ** : فيكونُ رهناً بالألفينِ حُكماً ظاهراً ، وأمّا في الباطنِ : فيكونُ مرهوناً بألفٍ . فإنِ ٱدعى المُقِرُّ : أنَّهُ رَهنَهُ بألفٍ ، ثمَّ رَهنَهُ بألفٍ ، وٱدَّعى المُقَرُّ لَهُ : أنَّهُ رَهنَهُ بهما معاً . . فالقولُ قولُ المُقَرِّ لَهُ معَ يمينِهِ ؛ لأنَّ الظاهرَ صحَّةُ الإقرارِ .

وإنْ شهدَ شاهدانِ علىٰ عقدِ الرهنينِ ، ثمَّ أرادا أنْ يُقيما الشهادةَ ، فإنْ كانا يعتقدانِ صحَّةَ القولِ **الجديدِ** . . شهدا أنَّهُ رهنَهُ بألفٍ ، ثمَّ رهنَهُ بألفٍ . وإنْ كانا يعتقدانِ صحَّةَ القولِ **القديمِ** . . ففيهِ وجهانِ :

أحدُهما : يجوزُ أنْ يشهدا أنَّهُ رَهنَهُ بألفينِ ، ويُطلقا ذٰلكَ ؛ لأنَّهما يعتقدانِ صحَّةَ ما يشهدانِ بهِ .

والثاني : لا يجوزُ أنْ يشهدا إلاَّ علىٰ ما وقعَ عليهِ العقدانِ ؛ لأنَّ الاجتهادَ في ذٰلكَ إلى الحاكمِ .

فرعٌ : [جناية العبد المرهون بقدر الرهن] :

وإنْ رهنَ عبدَهُ عندَ رجلٍ بألفِ درهمٍ ، ثمَّ جنىٰ العبدُ علىٰ آخرَ جنايةً أرشُها ألفٌ ، فلم يُفْدِهِ الراهنُ ، وٱختارَ المرتَهِنُ أنْ يفديَهُ ، وشرطَ علىٰ الراهنِ بدلَهُ ، وأنَّهُ يكونُ مرهوناً بما يفديهِ بهِ وبالألفِ الأولىٰ . . فقد قالَ الشافعيُّ : (صحَّ ذٰلكَ) .

فمِن أصحابِنا مَنْ قالَ : هٰذا علىٰ القولِ **القديمِ** ، فأمَّا علىٰ **الجديدِ** : فلا يصِحُّ أيضاً .

ومنهُم مَن قالَ : يصِحُّ ذٰلكَ علىٰ القولينِ ، **وقد نصَّ الشافعيُّ** عليهِ في **الجديدِ** ؛ لأنَّ في ذٰلكَ مصلحةً للراهنِ في حفظِ مالهِ ، وللمرتهِنِ حظٌّ في حفظِ وثيقتِه .

مسألةٌ : [رهن أرض الخراج] :

قالَ الشافعيُّ : (وإنْ رَهنَهُ أرضاً مِن أرضِ الخَراجِ . . فالرهنُ مفسوخٌ ؛ لأنَّها غيرُ مملوكةٍ) . وٱختلفَ أصحابنا في تأويلِ هٰذا :

فقالَ أبو سعيدٍ الإصطخريُّ : أرادَ الشافعيُّ بذٰلكَ سوادَ العراقِ ، وذٰلكَ : (أنَّ عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ٱفتتحَها ، وأخرجَها مِن أيدي المجوسِ ، وقسَمَها بينَ الناسِ ، فٱستغلُّوها سنتينِ أو ثلاثاً ، ثمَّ رأىٰ أنَّهُم قدِ ٱشتغلوا بالأرضِ عنِ الجهادِ ، فسألَهُم أنْ يردُّوا عليهِ ، فمنهُم مَن طابَتْ نفسُهُ بالردِّ بغيرِ عِوضٍ ، ومنهُم مَنْ لم تَطِبْ نفسُهُ إلاَّ بعِوَضٍ ، ثمَّ وقَفَها عمرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ علىٰ المسلمينَ ، وأجَّرَها ممَّنْ هيَ في يدِهِ علىٰ كلِّ نوعٍ مِنَ الغلاَّتِ أُجرةً معلومةً لا إلىٰ غايةٍ)[1] .

فعلىٰ هٰذا : لا يجوزُ بيعُها ، ولا رهنُها ، **وهٰذا ظاهرُ النصِّ** .

وقالَ أبو العبَّاسِ بنُ سُريجٍ : لمَّا ٱستردَّ عمرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ الأرضَ مِن المسلمينَ . .

---

(١) أخرج نحوه عن عمر الفاروق رضي الله عنه أبو عبيد في « الأموال » (١٥٠) من طريق أبي الأسود ، عن ابن لهيعة ، عن يزيد بن أبي حبيب به .

باعَها ممَّن هيَ في يدِهِ ، وجعلَ ثمنَها هو الخَراجُ[1] الذي يؤخذُ منهم ، فيجوزُ بيعُها ورَهنُها ؛ لأنَّ الناسَ مِن وقتِ عمرَ إِلىٰ يومِنا هـٰذا يبيعونَها ويبتاعُونَها مِن غيرِ مُنْكِرٍ .

وأمَّا قولُ الشافعيِّ : فمحمولٌ عليهِ ما إِذا أوقفَ الإِمامُ أرضاً ، وضَرَبَ عليها الخَراجَ . فإِنْ قيلَ : فهـٰذا الذي قلتموهُ في فعلِ عمرَ مِن التأويلينِ جميعاً لا يصِحُّ علىٰ مذهبِ الشافعيِّ ولا غيرِهِ ؛ لأنَّ الإِجارةَ لا تجوزُ إِلىٰ مدَّةٍ غيرِ معلومةٍ ولا بأُجرةٍ غيرِ معلومةٍ ، وكذٰلكَ البيعُ لا يجوزُ إِلاَّ إِلىٰ أجلٍ غيرِ معلومٍ ، ولا بثمنٍ غيرِ معلومٍ ؟

فالجوابُ : أَنَّ هـٰذا إِنَّما لا يصحُّ إِذا كانتِ المعاملةُ في أَموالِ المسلمينَ ، فأَمَّا إِذا كانتْ في أَملاكِ المشركينَ . . فيَصِحُّ ، أَلا تَرَىٰ أَنَّ رجلاً لو قالَ : مَنْ جاءَ بعبدِي الآبقِ . . فلَهُ عبدٌ أَو ثوبٌ ، وهما غيرُ موصوفينِ . . لم يكنْ هـٰذا جُعلاً صحيحاً ، ولو قالَ الإِمامُ : مَنْ دلَّنا علىٰ القلعةِ الفلانيَّةِ . . فلَهُ منها جاريةٌ . . لكانَ جُعلاً صحيحاً ، ولهـٰذا : (نَفَّلَ النبيُّ ﷺ في البداءَةِ الربُعَ ، وفي القفولِ الثُلثَ)[2] . وهـٰذا مجهولٌ ، لٰكنَّهُ صحَّ ؛ لأنَّهُ معاملةٌ في أَموالِ المشركينَ .

---

(١) **الخراج** ـ ويقال : الخرج ، ويجمعا علىٰ : أخراج وأخرجة ، كزمان وأزمنة ، وأخاريج أيضاً ـ : وهو ما يحصل من غلَّة الأرض . والبلاد الخراجية : التي فتحت صلحاً ووظف ما صولح عليهِ أهلها علىٰ أراضيها .

(٢) أخرجه عن حبيب بن مسلمة الفهري أبو عبيد القاسم في « الأموال » (٨٠٠) ، وأحمد في « المسند » (٤/ ١٦٠) ، وأبو داود (٢٧٤٩ و ٢٧٥٠) ، وابن ماجه (٢٨٥٣) في الجهاد ، وابن الجارود في « المنتقى » (١٠٧٩) في نفل السرايا ، وابن حبان في « الإحسان » (٤٨٣٥) في النفل ، وإسناده حسن ، والحاكم في « المستدرك » (٢/ ١٣٣) في النفل ، وصححه .

ومختصراً وبنحوه عنه رواه أبو داود (٢٧٤٨) ، وابن ماجه (٢٨٥١) ، وأبو عبيد في « الأموال » (٧٩٨ و ٧٩٩) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (٩٣٣٣) في النفل . وفي الباب :

عن عبادة بن الصامت أخرجه عبد الرزاق في « المصنف » (٩٣٣٤) ، والترمذي (١٥٦١) ، وابن ماجه (٢٨٥٢) . قال الترمذي : حديث حسن ، وقد روي هذا الحديث عن أبي سلاّم ، وسلمة بن الأكوع .

وعن ابن عمر رواه بنحوه ومعناه البخاري (٤٣٣٨) في المغازي ، ومسلم (١٧٤٩) في المغازي والسير ، وعبد الرزاق في « المصنف » (٩٣٣٥) وفيها لفظ : (بعث النبي ﷺ سرية =

فرعٌ : [رهن بناء الخراج] :

فإنْ كانَ في أَرضِ الخَراجِ بناءٌ أَو غِراسٌ ، فإنْ كانَ مُحدَثاً في أرضِ الخَراجِ منْ غيرِها . . صحَّ بيعُهُ ورهنُهُ مفرَداً ، وإنْ باعهُ ، أَو رهنهُ معَ أَرضِ الخَراجِ ، وقلنا : لا يَصِحُّ بيعُها ورَهنُها . . بطلَ في الأَرضِ ، وهلْ يَصِحُّ في البناءِ والغِراسِ ؟ فيهِ قولانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في تفريقِ الصفْقَةِ ، وقد مضىٰ ذكرُ ذٰلكَ . وإنْ كانَ البناءُ والغِراسُ مِنْ أَرضِ الخَراجِ . . لَمْ يَصِحَّ بيعُهُ ورَهنُهُ .

فرعٌ : [تأدية المرتهن الخراج تطوع] :

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (فإنْ أَدّىٰ عنهُ الخَراجَ . . كانَ متطوِّعاً لا يرجعُ بهِ ، إلاَّ أَنْ يكونَ دفعَ بأَمرهِ ، فيرجِعُ) . وهٰذا كما قالَ : إذا رَهنَ أَرضاً مِنْ أَرضِ الخَراجِ ، أَو أَجَّرها . . فإنَّ الخَراجَ الذي يجبُ في الأَرضِ ، يجبُ علىٰ راهنِ الأَرضِ الذي رَهنها أَو أَجَّرَها ، فإنْ دفعَ المرتَهِنُ أَوِ المستأْجِرُ الخَراجَ الواجبَ فيها . . نظرتَ :

فإنْ كانَ بغيرِ أمرِ مَنْ وجبَ عليهِ ، أَو قضىٰ الدَّينَ عَنْ غيرهِ بغيرِ إذنِهِ[1] . . لَمْ يَرجِعْ عليهِ بشيءٍ .

وقالَ مالكٌ رحمةُ اللهِ عليهِ : (يَرجِعُ عليهِ) .

دليلُنا : أَنَّهُ متطوِّعٌ بالدفعِ عنهُ ، فلَمْ يَرجِعْ عليهِ بشيءٍ ، كما لو وهبَهُ شيئاً .

وإنْ قضىٰ بإذنِهِ ، وشرطَ عليهِ البَدلَ . . رجعَ عليهِ بالبدلِ ؛ لقولِهِ ﷺ : « المُؤْمِنُونَ علىٰ شُرُوْطِهِم » .

وإنْ قضىٰ عنهُ بأَمرِهِ ، ولَمْ يَشترِطْ عليهِ الرجوعَ بالبدلِ . . ففيهِ وجهانِ :

= وأنا فيهم قبل نجد ، فغنموا إبلاً كثيرة ، فكانت سهمانهم اثنا عشر بعيراً ، أو أحد عشر بعيراً) . ونفّلوا بعيراً بعيراً .

وفي الحديث : (أنه أعطىٰ ﷺ كلاً منهم بعيراً زيادة علىٰ نصيبه) .

(١) لأنه كالمتبرع . وفي (م) : (إذن من عليه) .

أحدُهما ـ وهو قولُ أبي إسحاقَ ، وٱختيارُ القاضي أَبي الطيِّبِ ، والشيخِ أبي حامدٍ ـ : أَنَّهُ يَرجِعُ عليهِ ، لأنَّ إِذنَهُ بذٰلكَ يقتضي الرجوعَ ، فهو كما لو شَرطَ عليهِ البَدلَ .

والثاني : لا يَرجِعُ عليهِ بشيءٍ ، وهو ٱختيارُ ٱبنِ الصبّاغِ ؛ لأَنَّ الشافعيَّ رحمَهُ اللهُ قالَ : (ولو دفعَ ثوباً إِلىٰ قَصَّارٍ ، فقَصَرَهُ . . لا أُجرةَ لَهُ ؛ لأَنَّهُ لم يَشترِطْها لَهُ ، ولأنَّهُ لَمْ يَشترِطِ الرجوعَ عليهِ بشيءٍ ، فَلَمْ يَرجِعْ عليهِ بشيءٍ ، كما لو وَهبَهُ شيئاً) .

مسألةٌ : [رهن العبد الجاني] :

وفي رهنِ العبدِ الجاني قولانِ ، وفي موضعِ القولينِ ثلاثُ طُرقٍ ، مضىٰ ذِكرُ ذٰلكَ في البيعِ . ولا يجوزُ رهنُ ما لا يُقدَرُ علىٰ تسليمِهِ ، كالطيرِ الطائرِ ، والعبدِ الآبقِ ، ولا رَهنُ عبدٍ مِن عبيدٍ ، كما لا يجوزُ بيعُ ذٰلكَ .

فرعٌ : [الرهن لا يجوزُ إلاَّ بمعلوم] :

إذا قالَ : رهنتُكَ هٰذا الحُقَّ[1] بما فيهِ ، أو هٰذا البيتَ بما فيهِ ، أو هٰذا الجِرابَ[2] بما فيهِ ، أو هٰذهِ الخريطةَ[3] بما فيها . . **فنصَّ الشافعيُّ في « الأُمِّ »** [٣/ ١٤٣] : (أَنَّ الرهنَ لا يصِحُّ بما في هٰذهِ الأشياءِ) .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وهلْ يصِحُّ الرهنُ في الحُقِّ والبيتِ والجرابِ والخريطةِ ؟ فيهِ قولانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في تفريقِ الصفقةِ .

وإِنْ قالَ : رهنتُكَ هٰذا الحُقَّ دونَ ما فيهِ ، أو هٰذا البيتَ دونَ ما فيهِ ، أو هٰذا الجِراب دونَ ما فيهِ ، أو هٰذهِ الخريطةَ دونَ ما فيها . . صحَّ الرهنُ في هٰذهِ الأشياءِ دونَ

---

(١) **الحُقُّ** : إناء من خزف يستعمل لتبريد الماء ، وقد يصنع من عاج أو زجاج ، وله غطاء ، وتمثله الشاعر ، كما في شواهد العربية :
وصدر مُشْرِق اللَّونِ ... كأنْ ثَدْيَاه حُقَّانِ

(٢) **الجِراب** ـ وِزان : كتاب ـ يجمع علىٰ : أَجْرِبة وجُرُب ، ولا يقال : جَراب ، بالفتح .

(٣) **الخريطة** : وعاء من جلد ونحوه ، يشبه الكيس ، كالمخلاة ، يعلق في رأس البهيمة للعلف ، كما يشرج بخيط يجمع أطرافَه ، ويجمع علىٰ : خرائط ، مثل : كريمة وكرائم .

ما فيها . وإنْ قالَ : رهنتُكَ هـٰذا الحُقَّ ، أو هـٰذا البيتَ ، أو هـٰذا الجِرابَ ، أو هـٰذهِ الخريطةَ ، ولم يَقُلْ : دونَ ما فيهِ ، ولا بما فيهِ . . **فنصَّ الشافعيُّ** : (أَنَّ الرهنَ يَصِحُّ في الحُقِّ والبيتِ والجِرابِ ، ولا يصِحُّ في الخريطةِ) ؛ لأنَّ الحُقَّ والبيتَ والجِرابَ لها قيمةٌ تُقصدُ في العادةِ ، والخريطةَ ليسَ لها قيمةٌ مقصودةٌ في العادةِ ، وإنَّما المقصودُ ما فيها .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : ولأصحابنا في هـٰذا تخليطٌ ، **ومنصوصُ الشافعيِّ** ما ذكرتهُ .

وأَمَّا ٱبنُ الصبّاغِ : فقالَ : قالَ أَصحابُنا : فلو كانتِ الخريطةُ مِمّا يُقصدُ ؛ لأَنَّها ديباجٌ أو شيءٌ لَهُ قيمةٌ . . كانتْ كالحُقِّ ، ولو كانَ الحُقُّ لا قيمةَ لَهُ . . كانَ كالخريطةِ .

مسألةٌ : [رهن النخل المؤبر] :

إذا رهنَهُ نخلاً وعليها طلعٌ مؤبَّرٌ ، ولم يَرهنْهُ الثمرةَ . . صحَّ الرهنُ في النخلِ دونَ الثمرةِ ؛ لأَنَّهُ لو باعَهُ نخلاً عليها طلعٌ مؤبَّرٌ ، ولم يشترِط دخولَهُ في البيعِ . . لم يدخُلْ ، فكذٰلكَ الرهنُ .

وإنْ كانَ عليها طلعٌ غيرُ مؤبَّرٍ ، ولم يشترِط دخولَهُ في الرهنِ ، ولا خروجَهُ مِنَ الرهنِ . . فهل يدخلُ الطلعُ في الرهنِ ؟ **المنصوصُ** : (أَنَّهُ لا يدخلُ) . قال الربيعُ : قولٌ آخرُ : (أنه يدخلُ ، كالبيعِ) .

فمِن أصحابنا مَن قالَ : فيهِ قولانِ :

أحدُهما : يدخلُ في الرهنِ ، كما قلنا في البيعِ .

والثاني : لا يدخلُ ـ **وهوَ الصحيحُ** ـ كما لا تدخلُ الثمرةُ الحادثةُ بعدَ الرهنِ .

ومنهُم مَن قالَ : لا يدخلُ ، قولاً واحداً ، وهو ٱختيارُ الشيخِ أَبي حامدٍ ؛ لِمَا ذكرناهُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (تدخلُ الثمرةُ في الرهنِ بكلِّ حالٍ ، بخلافِ قولِهِ في البيعِ) . وهـٰذا ليسَ بصحيحٍ ؛ لأنَّ البيعَ أقوىٰ مِنَ الرهنِ ، فإذا لم تدخلِ الثمرةُ في البيعِ . . فَلأنْ لا تدخلَ في الرهنِ أولىٰ .

وإنْ قالَ : رهنتُكَ النخلَ والثمرةَ . . صحَّ ، سواءٌ كانَ قبلَ التأبيرِ أو بعدَهُ ، كما قلنا في البيعِ ، ثمَّ يُنظرُ فيهِ :

فإنْ رهنَ ذٰلكَ بحقٍّ حالٍّ أو بمؤجَّلٍ يَحِلُّ قبلَ إدراكِ الثمرةِ ، أو معَ إدراكِها . . صحَّ ذٰلكَ ؛ لأنَّهُ يمكنُ ٱستيفاءُ الحَقِّ منها .

وإنْ كانَ بحقٍّ مؤجَّلٍ لا يَحِلُّ إلاَّ بعدَ إدراكِ الثمرةِ . . نظرتَ في الثمرةِ :

فإنْ كانتْ ممَّا يمكنُ ٱستصلاحُها وتجفيفُها ، كالتمرِ والزبيبِ . . صحَّ ذٰلكَ ، ولزِمَ الراهنَ مؤنةُ تجفيفِها .

وإنْ كانتْ ثمرةً لا يمكنُ تجفيفُها ، كالتفّاحِ والكُمَّثرىٰ . . فمِنْ أصحابنا مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ ، كما قلنا في رهنِ ما يُسرِعُ إليهِ الفسادُ . ومِنهم مَن قالَ : يصِحُّ الرهنُ ، قولاً واحداً ؛ لأنَّ الثمرةَ تابعةٌ للأُصولِ ، فصحَّ رهنُها ، كما يجوزُ بيعُ الثمرةِ التي لم يَبدُ صلاحُها معَ الأصولِ ، ولا يجوزُ بيعُها مفردةً .

فإذا قلنا : يبطلُ الرهنُ في الثمرةِ . . فهل يبطلُ في الأصولِ ؟ يُبنىٰ علىٰ القولينِ في تفريقِ الصفقةِ ، وقد مضىٰ ذِكرُهُ .

وإنْ رهنَهُ الثمرةَ مفردةً ، فإنْ كانَ بعدَ بُدوِّ صلاحِها . . فهو بمنزلةِ رهنِ الأشياءِ الرَّطبةِ ، وقد مضىٰ ذِكرُهُ . وإنْ كانَ قبلَ بُدوِّ صلاحِها ، فسواءٌ كانتْ قد أُبِّرَتْ أو لم تُؤَبَّر ، فإنْ كانَ الدَّينُ حالاً ، وشرطَ القطعَ . . صحَّ الرهنُ ، كما يصِحُّ البيعُ ، وإنْ لم يشترطِ القطعَ . . ففيهِ قولانِ :

أحدُهما : لا يصِحُّ الرهنُ ، كما لا يصِحُّ البيعُ .

والثاني : يصِحُّ الرهنُ ؛ لأنَّ رهنهُ بالدَّينِ الحالِّ يوجبُ القطعَ ، فصارَ كما لو شرطَ القطعَ .

وإنْ رهَنَها[1] بدينٍ مؤجَّلٍ ، فإنْ كانَ بشرطِ القطعِ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : كانَ بمنزلةِ

(١) أي : الثمار .

رهنِ البقولِ والفواكِهِ . قالَ : وأصحابُنا أطلقوا جوازَ ذلك . وإِنْ رَهنَها مطلقاً . . ففيهِ ثلاثةُ أقوالٍ :

أحدُها : لا يصِحُّ الرهنُ ، كما لا يصِحُّ البيعُ .

والثاني : يصِحُّ ؛ لأَنَّ البيعَ إِنَّما لم يصِحَّ ؛ لِمَا فيهِ مِنَ الغررِ ، وليسَ في الرهنِ غررٌ ، ولأَنَّهُ يتلفُ ـ إِنْ تَلِفَ ـ مِنْ مالِ صاحبِهِ .

والثالثُ ـ نَقَلَهُ المُزنيُّ ـ : إِنْ شرطَ القطعَ حالَ المَحِلِّ . . صحَّ ، وإِنْ أطلقَ . . لم يصِحَّ ؛ لأنَّ إِطلاقَهُ يقتضي بقاءَهُ إِلىٰ وقتِ الجُذاذِ ، وذٰلكَ تأخيرُ الدَّينِ عَن محِلِّهِ . هـٰذا ترتيبُ ٱبنِ الصبّاغِ .

وأمَّا الشيخُ أبو حامدٍ : فذكرَ أَنَّها علىٰ القولينِ الأوَّلينِ ، سواءٌ شرطَ القطعَ أو لم يشرِطْ .

مسألةٌ : [رهن شجرة ذات حملين بحملها الأول] :

إذا كانتْ لَهُ شجرةٌ تحمِلُ في السَّنةِ حَملينِ ، كالتِّينِ والباذنجانِ والقِثّاءِ والخيارِ ، فرهنَ الشجرةَ والحَملَ الأوَّلَ ، أو رهنَ الحَملَ الأوَّلَ مفرداً . . نظرتَ :

فإِنْ كانَ بحقٍّ حالٍّ ، أو بمؤجَّلٍ يَحِلُّ قبلَ حدوثِ الثَّمرةِ الثانيةِ . . صحَّ الرهنُ ، وكذٰلكَ : إِنْ رهنَهُ بحقٍّ مؤجَّلٍ لا يحِلُّ إِلاَّ بعدَ حدوثِ الثانيةِ ، إِلاَّ أَنَّهما ٱشترطا : أَنَّهُ إذا خِيفَ ٱختلاطُ الثانيةِ بالأولىٰ . . قُطعتِ الأولىٰ ، أو كانتِ الثانيةُ إذا ٱختلطتْ بالأولىٰ . . تميَّزتْ عنها . . فإِنَّ الرهنَ صحيحٌ ؛ لأَنَّ الرهنَ لا يختلطُ بغيرِهِ .

وإِنْ رَهنَهُ بحقٍّ مؤجَّلٍ ، لا يحِلُّ إِلاَّ بعدَ حدوثِ الثانيةِ ، ولا تتميَّزُ إِحداهُما عنِ الأُخرىٰ . . فذكرَ الشيخُ أبو حامدٍ ، وٱبنُ الصبّاغِ : أَنَّ الرهنَ لا يصِحُّ ؛ لأَنَّهُ لا يُمكنُ ٱستيفاءُ الحقِّ مِنَ الرهنِ ؛ لأَنَّهُ يختلطُ الرهنُ بغيرِهِ ، ولا يتميَّزُ ، فيصيرُ مجهولاً . وذكر في « المهذَّبِ » : أَنَّها علىٰ قولينِ :

أحدُهما : لا يصِحُّ الرهنُ ؛ لِما ذكرناهُ .

والثاني : يصِحُّ ؛ لأَنَّهُ يمكنُ الفصلُ عندَ الاختلاطِ ، بأَنْ يسمحَ الراهنُ بتركِ ثمرتِهِ

للمرتَهِنِ ، أو يَنظرَ : كم كانَ المرهونُ ؟ فيحلِفَ عليهِ ، فلم يُحكمْ ببطلانِ الرهنِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فإذا رَهنَهُ بحقٍّ حالٍّ ، فتوانىٰ[1] في قطعِ الثمرةِ الأُولىٰ حتَّىٰ حدثَتِ الثانيةُ ، وٱختلطتْ ، ولم تتميَّزْ . . ففيهِ قولانِ :

أحدُهما : يبطلُ الرهنُ ؛ لأَنَّ الرهنَ قدْ صارَ مجهولاً ؛ لاختلاطِهِ بما ليسَ برهنٍ .

والثاني : لا يبطلُ ؛ لأَنَّهُ كانَ معلوماً عندَ العقدِ ، وعندَ حلولِ الحقِّ ، فلا يبطلُ بالجهالةِ الحادثةِ .

فإذا قلنا : يبطلُ . . فلا كلامَ . وإذا قلنا : لا يبطلُ . . قيلَ للراهنِ : أتسمحُ بتركِ الثمرةِ الثانيةِ لتكونَ رَهناً ؟ فإنْ سمحَ . . فلا كلامَ ، وإنِ لم يسمَحْ ، فإنِ ٱتَّفقا علىٰ قدرِ الأُولىٰ . . فلا كلامَ ، وإنْ ٱختلفا في قدرِ الأُولىٰ . . فالقولُ قولُ الراهنِ معَ يمينِهِ في قدرِ الأُولىٰ ، سواءٌ كانتِ الثمرةُ في يدِهِ أو في يدِ المرتَهنِ .

وقالَ المُزنيُّ : إنْ كانتِ الثمرةُ في يدِ المرتَهنِ . . فالقولُ قولُهُ معَ يمينِهِ . وهـٰذا غلطٌ ؛ لأَنَّهُما ٱتَّفقا علىٰ أنَّ الحادثةَ مِلكُ الراهنِ ، وإنَّما يختلفانِ في قدرِ المرهونِ منهما ، فكانَ القولُ قولَ الراهنِ معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّهُ مدَّعىً عليهِ .

فرعٌ : [سقي الشجر المرهون] :

وإذا رهنَهُ ثمرةً . . قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (فعلىٰ الراهنِ سقيُها وصلاحُها وجُذاذُها وتشميسُها ، كما تكونُ عليهِ نفقةُ العبدِ) . وقالَ في موضعٍ آخرَ : (ليسَ عليهِ تشميسُها) .

قالَ أصحابُنا : ليسَ التشميسُ علىٰ قولينِ ، وإنَّما هوَ علىٰ ٱختلافِ حالينِ : فالموضعُ الذي قالَ : (عليهِ التشميسُ) إذا بلغتِ الثمرةُ أوانَ الجُذاذِ قبلَ حلولِ الحقِّ ، والذي قالَ : (ليسَ عليهِ التشميسُ) إذا كانَ الحقُّ قد حلَّ معَ تكاملِ صلاحِ الثمرةِ ؛ لأَنَّها تباعُ في الحقِّ ، وليسَ لأحدِهما أنْ يطالِبَ بقطعِها قبلَ أوانِ قطعِها ، إلاَّ

---

(١) **توانىٰ في العمل** : لم يبادر إلىٰ ضبطه ، ولم يهتمَّ به . وفي الحاجة : قصَّر وفتر .

برِضا الآخرِ ؛ لأنَّ علىٰ كلِّ واحدٍ منهما ضرراً بقطعِها قبلَ أوانِ[1] قطعِها ، فلم يَجُزْ ذٰلكَ مِن غيرِ رضاهُما .

مسألةٌ : [رهن جارية لها ولد] :

وإذا رهنَ الجاريةَ ولها ولدٌ صغيرٌ مِن زوجٍ أو زناً ، ولم يَرهنِ الولدَ معها . . صحَّ الرهنُ ؛ لأنَّ الرهنَ لا يُزيلُ المِلكَ ، فلا يكونُ فيهِ تفرقةٌ بينهما ، فإذا حلَّ الحقُّ ، فإنْ قضىٰ الراهنُ الدَّينَ مِن غيرِ الرهنِ . . ٱنفسخَ الرهنُ ، وإنْ لم يَقضِهِ ، وكانَ الولدُ صغيراً يومئذٍ . . بيعتِ الجاريةُ والولدُ ؛ لأنَّهُ لا يجوزُ التفرقةُ بينَهما ، ويُقسمُ الثمنُ علىٰ قدْرِ قيمتِهما ، فما قابلَ الأُمَّ . . تعلَّقَ بهِ حقُّ المرتَهِنَ ، وما قابلَ الولدَ . . تعلَّقَ بهِ حقُّ الراهنِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وكيفيَّةُ ذٰلكَ : أنْ يقالَ : كم قيمةُ هـٰذهِ الجاريةِ ولها ولدٌ دونَ ولدِها ؛ لأنَّها إذا كانتْ ذاتَ ولدٍ كانتْ قيمتُها أَنقصَ ؟ فإنْ قيلَ : قيمتُها ـ مثلاً ـ مِئةٌ . . قيلَ : فكم قيمةُ ولدِها ؟ فإنْ قيلَ : خمسونَ . . تعلَّقَ حقُّ المرتَهنِ بثُلُثي ثَمنِهما ، وللراهنِ ثُلثُ ثَمَنِهما ، وهـٰذا إذا عَلِمَ المرتَهنُ بولدِها حالَ الرهنِ أَو بعدَهُ ورضيَ بهِ ، وإنْ لَمْ يعلم بالولدِ ، ثُمَّ عَلِمَ . . ثبتَ لَهُ الخيارُ في فسخِ البيعِ المشروطِ بهِ الرهنُ .

وأَمَّا إذا رَهنهُ جاريةً حائلاً ، ثُمَّ حَملتْ في يدِ المرتَهنِ مِنْ زوجٍ أَو زناً . . فإنَّ الولدَ خارجٌ مِنَ الرهنِ ، فإذا أَرادَ البيعَ . . بيعتِ الجاريةُ وولدُها الصغيرُ ، ويكونُ للمرتَهنِ حصَّتُها مِنَ الثمنِ ، وللراهنِ حصَّةُ الولدِ . وكيفيَّةُ التقسيطِ : أَنْ يقالَ : كم قيمةُ هـٰذهِ الجاريةِ خاليةً مِنَ الولدِ ؟ ثُمَّ يُقَوَّمَ الولدُ ، ويُقسَّمَ الثَّمنُ علىٰ قدْرِ قيمتِها . والفرقُ بينَهما : أَنَّ المرتَهِنَ رضيَ في الأُولىٰ أَنْ تكونَ الجاريةُ التي لها ولدٌ صغيرٌ رَهْناً ، وهاهنا لَمْ يرضَ بكونِها لها ولدٌ صغيرٌ رهناً ، وهـٰذا كما قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (إذا

---

(١) في نسختين : (وقت) .

رهنَ أرضاً ، فحدَثَ فيها نخلٌ وشجرٌ ، إذا بيعتِ الأرضُ والشجرُ برضاهُما . . فإنَّ الأرضَ تُقوَّمُ بيضاءَ لا شجرَ فيها) .

مسألةٌ : [رهن المصحف ونحوه لكافر] :

وهل يجوزُ رهنُ المُصحفِ وكتبِ الحديثِ والفقهِ والعبدِ المسلمِ مِنَ الكافرِ ؟ فيهِ طريقانِ :

[الأوّلُ] : قالَ أبو إسحاقَ ، والقاضي أبو حامدٍ : فيهِ قولانِ :

أحدُهما : لا يَصِحُّ .

والثاني : يَصِحُّ ، ويوضعُ ذٰلكَ علىٰ يدِ مُسْلِمٍ ، كما قلنا في بيعِ ذٰلكَ منهُ .

و **[الطريقُ الثاني]** : قالَ أبو عليٍّ في « الإفصاحِ » : يَصِحُّ الرهنُ ، قولاً واحداً ، ويوضعُ علىٰ يدِ مُسْلِمٍ ؛ لأنَّ الكافرَ لا يَملِكُ الرهنَ ، بخلافِ البيعِ .

مسألةٌ : [شرطا شيئاً في الرهن] :

وإذا شرطَ المتراهنانِ في الرهنِ شرطاً . . نظرتَ :

فإنْ كانَ شرطاً يقتضيهِ الرهنُ ، مثلَ : أَنْ يَشترطا أَنْ يُباعَ في الدَّينِ عندَ حلولِ الأجلِ ، أَو علىٰ أَنْ يباعَ بثَمَنِ المِثْلِ ، أَو علىٰ أَنَّ منفعتَهُ للراهنِ . . صحَّ الشرطُ والرهنُ ؛ لأنَّ العقدَ يقتضي ذٰلكَ ، فكان هٰذا الشرطُ تأكيداً .

وإنْ كانَ شرطاً لا يقتضيهِ العقدُ . . فلا يخلو : إمَّا أَنْ يكونَ نقصاناً في حقِّ المرتَهِنِ ، أو زيادةً في حقِّه :

فإنْ كانَ نُقصاناً في حقِهِ ، مثلَ : أَنْ يكونَ رَهنَهُ رَهناً علىٰ أَن لا يباعَ في الدَّينِ ، أو علىٰ أَنْ لا يباعَ إلاَّ بأكثرَ مِنْ ثَمَنِ مِثْلِهِ ، أو علىٰ أَنْ لا يباعَ إلاَّ بما يرضىٰ بهِ الراهنُ . . فالشرطُ باطلٌ ؛ لأنَّهُ ينافي مقتضىٰ عقدِ الرهنِ ، ويبطلُ الرهنُ بذٰلكَ ؛ لأنَّهُ يمنعُ مقصودَ الرهنِ .

وإنْ كانَ الشرطُ زيادةً في حقِّ المرتَهِنِ ، مثلَ : أَنْ يَرهنَهُ شيئاً بشرطِ أَنْ يباعَ قبلَ

مَحِلِّ الحقِّ[١] ، أو علىٰ أَنْ يباعَ بأَيِّ ثَمَنٍ كان وإِنْ كانَ أَقلَّ مِنْ ثَمَنِ مِثلِهِ . . فالشرطُ باطلٌ ؛ لأَنَّهُ ينافي مقتضىٰ الرهنِ ، وهل يبطلُ الرهنُ ؟ فيهِ قولانِ :

أحدُهما : يبطلُ الرهنُ ، وهوَ ٱختيارُ الشيخِ أَبي إِسحاقَ ؛ لأَنَّهُ شرطٌ فاسدٌ قارنَ عقدَ الرهنِ ، فأَبطلَهُ ، كما لو كانَ نُقصاناً في حقِّ المرتَهِنِ .

والثاني : لا يبطلُ ؛ لأَنَّ المقصودَ مِنَ الرهنِ الوثيقةُ ، وهٰذهِ الشروطُ لا تقدَحُ في الوثيقةِ ؛ لأَنَّها زيادةٌ في حقِّ المرتَهِنِ ، بخلافِ الشروطِ التي تقتضي نُقصاناً في حقِّ المرتَهِنِ .

فإِذا قلنا : إِنَّ الرهنَ باطلٌ بهٰذهِ الشروطِ ، أو شَرَطَا نقصاناً في حقِّ المرتَهِنِ . . نظرتَ :

فَإِنْ كانَ الرهنُ غيرَ مشروطٍ في البيعِ . . بقيَ الدَّينُ بغيرِ رَهنٍ .

وإِنْ شَرطَا ذٰلكَ في البيعِ ، بأَنْ قالَ : بعتُكَ عبدي هٰذا بألفٍ علىٰ أَنْ تَرهنَني دارَكَ هٰذهِ بالألفِ ، علىٰ أَنْ لا تُباعَ الدارُ في الدَّينِ . . فهلْ يَبطلُ البيعُ ؟ فيهِ قولانِ :

أحدُهما : لا يبطلُ البيعُ ؛ لأَنَّ البيعَ ينعقدُ منفرداً عَنِ الرهنِ ، فلَمْ يَبطلِ البيعُ ببطلانِ الرهنِ ، كالصَّداقِ في النكاحِ ؛ لأَنَّهُ قدْ يتزوَّجُها بغيرِ صَداقٍ ، ثُمَّ يَفرِضُ لها صَداقاً بعدَ ذٰلكَ ، ثُمَّ لا يَفسدُ النكاحُ لفسادِ الصَّداقِ وإِنْ قارنَهُ ، فكذٰلكَ الرهنُ معَ البيعِ .

والثاني : يبطلُ البيعُ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ؛ لأَنَّهُ شرطٌ فاسدٌ قارنَ عقدَ البيعِ ، فأَفسدَهُ ، كما لو باعَهُ شيئاً بشرطِ أَنْ لا يسلِّمَهُ .

فرعٌ : [البيع بنقد ومنفعة مجهولة] :

إِذا قالَ لغيرِه : بعني عبدَكَ هٰذا بأَلفٍ ، علىٰ أَنْ أُرهنَكَ بهِ داري هٰذهِ ، وتكونَ منفعةُ الدارِ لكَ ، فَإِنْ كانتْ منفعةُ الدارِ مجهولةً . . كانَ الرهنُ والبيعُ باطلينِ ، قولاً

---

(١) في نسخة : (الدين) .

واحداً ؛ لأَنَّهُ باعهُ العبدَ بأَلفٍ وبمنفعةِ الدارِ مدَّةً غيرَ معلومةٍ ، والبيعُ بثمنٍ مجهولٍ باطلٌ . وإِنْ كانتْ منفعةُ الدارِ معلومةً . . قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : هٰذهِ صفْقَةٌ جمعتْ بيعاً وإِجارَةً ، فهل يَصِحّانِ ؟ فيهِ قولانِ .

وقالَ الشيخُ أبو حامدٍ : شَرطُ منفعةِ الدارِ للمرتَهِنِ باطلٌ ؛ لأَنَّهُ ينافي مقتضاهُ ، وهل يبطلُ بهِ الرهنُ ؟ فيهِ قولانِ ؛ لأَنَّهُ زيادةٌ في حقِّ المرتَهِنِ .

فإِذا قلنا : إِنَّهُ باطلٌ . . فهل يبطلُ البيعُ ؟ فيهِ قولانِ .

فإِذا قلنا : إِنَّ الرهنَ صحيحٌ ، أَو قلنا : إِنَّهُ باطلٌ ، ولا يبطلُ البيعُ . . ثَبتَ للبائعِ الخيارُ في فسخِ البيعِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يسلِّمْ لَهُ ما شَرطَ ، **وهٰذا ظاهرُ كلامِ الشافعيِّ** رحمَهُ اللهُ .

وإِنْ قالَ لغيرِهِ : بعني عبدَكَ هٰذا بأَلفٍ ، علىٰ أَنْ تكونَ داري رَهناً بهِ ، ومنفعتُها أَيضاً رهناً بهِ . . فإِنَّ المنفعةَ لا تكونُ رهناً ؛ لأَنَّها مجهولةٌ ، ولأَنَّهُ لا يمكنُ إِقباضُها . فإِذا بَطَلَ رهنُ المنفعةِ . . فهلْ يَبطلُ الرهنُ في أصلِ الدارِ ؟ فيهِ قولانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في تفريقِ الصفْقَةِ .

فإِذا قلنا : إِنَّ الرهنَ لا يَفسُدُ في أَصلِ الدارِ . . لَمْ يفسُدِ البيعُ ، ولٰكنْ يثبتُ للبائعِ الخيارُ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يُسلَّمْ لَهُ جميعُ الرهنِ .

وإِن قُلنا : يَفسُدُ في أَصلِ الدارِ[1] . . فهل يبطلُ البيعُ ؟ فيهِ قولانِ .

فرعٌ : [البيع بثمن ومنفعة] :

وإِنْ كانَ لرجلٍ علىٰ آخرَ أَلفٌ بغيرِ رهنٍ ، فقالَ مَنْ عليهِ الأَلفُ لمَنْ لَهُ الأَلفُ : بعني عبدَكَ هذا بألفٍ ، علىٰ أن أعطيكَ داري رهناً بها وبالأَلفِ الذي لكَ عليَّ بغيرِ رهنٍ ، فقالَ : بعتُكَ . . كانَ البيعُ باطلاً ؛ لأَنَّ ثَمَنَ العبدِ مجهولٌ ؛ لأَنَّهُ باعَهُ بأَلفٍ ومنفعةٍ أخرىٰ ، وهو أَنْ يُعطيَهُ رهناً بالأَلفِ التي لا رهنَ بها ، ولأَنَّهُ بيعتانِ في بيعةٍ .

---

(١) في نسخة : (الرهن) .

فرعٌ : [القرض بشرط رهن ومنفعته] :

إذا قالَ لغيرِهِ : أَقرِضني ألفَ درهَمٍ ، علىٰ أنْ أُعطيَكَ عبدي هـٰذا رهناً ، وتكونَ منفعتُهُ لكَ ، فأَقرضَهُ . . فالقرضُ باطلٌ ؛ لأنَّهُ قرضٌ جرَّ منفعةً ، وهٰكذا : لو كانَ عليهِ ألفٌ بغيرِ رهنٍ ، فقالَ لَهُ : أَقرِضني ألفاً ، علىٰ أنْ أُعطيَكَ عبديَ هـٰذا رهناً بها وبالألفِ التي لا رهنَ بها ، فأقرضَهُ . . فالقرضُ فاسدٌ ؛ لأنَّهُ قرضٌ جرَّ منفعةً ، والرهنُ باطلٌ فيهما ؛ لأنَّ الرهنَ إنَّما يَصِحُّ بالدَّينِ ، ولا دينَ لَهُ في ذمَّتِهِ . وإنْ قالَ : أَقرضني ألفاً ، علىٰ أنْ أُرهِنَكَ داريَ بهِ ، وتكونَ منفعتُها[1] رهناً بها أيضاً . . لم يصِحَّ شرطُ رهنِ المنفعةِ ؛ لأنَّها مجهولةٌ ، ولأنَّهُ لا يمكنُ إقباضُها .

فإذا ثبتَ : أنَّهُ لا يصِحُّ هـٰذا الشرطُ . . فإنَّهُ زيادةٌ في حقِّ المرتَهِنِ ، وهلْ يبطلُ بها الرهنُ ؟ فيهِ قولانِ .

فرعٌ : [التطوع بالرهن للدين المستقرّ] :

إذا كانَ لَهُ دينٌ مستقرٌّ في ذمَّتِهِ ، فتطوَّعَ بالرهنِ بهِ ، فقالَ : رهنتُكَ هـٰذهِ النخلةَ ، علىٰ أنَّ ما تُثمِرُ يكونُ داخلاً في الرهنِ ، أو هـٰذهِ الماشيةَ ، علىٰ أنَّ ما تُنتِجُ داخلٌ في الرهنِ . . فهلْ يصِحُّ الرهنُ في الثمرةِ والنِّتاجِ ؟ فيهِ قولانِ :

أحدُهما : يصِحُّ الرهنُ فيهما ؛ لأنَّهما متولِّدانِ مِنَ الرهنِ ، فجازَ أنْ يكونا رهناً معاً .

والثاني : لا يصِحُّ الرهنُ فيهما ، **وهو الصحيحُ** ؛ لأنَّهُ رهنٌ معدومٌ ومجهولٌ .

فعلىٰ هـٰذا : هلْ يبطلُ الرهنُ في النخلةِ والماشيةِ ؟ فيهِ قولانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في تفريقِ الصفقةِ .

وإنْ قالَ : بعتُكَ عبدي هـٰذا بألفٍ ، علىٰ أنْ ترهنَني نخلتَكَ هـٰذهِ ، علىٰ أنَّ ما تثمرُ داخلٌ في الرهنِ ، فإن قُلنا : يصِحُّ الرهنُ في الثمرةِ . . صحَّ البيعُ . وإنْ قُلنا : لا يصِحُّ

---

(١) في نسخ : (منفعته) .

الرهنُ في الثمرةِ ، فإن قُلنا : لا يبطلُ الرهنُ في النخلةِ . . لم يبطلِ البيعُ في العبدِ ، ولٰكنْ يثبتُ لبائعِهِ الخيارُ ؛ لأنَّهُ لم يُسلِّمْ لَهُ جميعُ الرهنِ المشروطِ . وإن قُلنا : يبطلُ الرهنُ في النخلةِ . . فهلْ يبطلُ البيعُ في العبدِ ؟ فيهِ قولانِ ، فإن قُلنا : لا يبطلُ . . ثبتَ للبائعِ الخيارُ ؛ لأنَّهُ لم يُسلَّمْ لَهُ جميعُ الرهنِ المشروطِ ، فتحصَّلَ في هٰذهِ المسألةِ أربعةُ أقوالٍ :

أحدُها : يصِحُّ الرهنُ في الكلِّ ، ويصِحُّ البيعُ .

والثاني : يبطلُ الرهنُ والبيعُ .

والثالثُ : يصِحُّ الرهنُ في النخلةِ لا غيرَ ، ويصِحُّ البيعُ ، وللبائعِ الخيارُ .

والرابعُ : أَنَّ الرهنَ باطلٌ ، والبيعَ صحيحٌ ، وللبائعِ الخيارُ .

فرعٌ : [الإقراض بشرط الرهن ونمائه] :

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : إذا أقرضَهُ ألفاً برهنٍ ، وشرطَ أنْ يكونَ نَماءُ الرهنِ داخلاً فيهِ . . فالشرطُ باطلٌ في أشهرِ القولينِ ، وهلْ يفسُدُ الرهنُ ؟ فيهِ قولانِ ؛ لأَنَّهُ زيادةٌ في حقِّ المرتَهِنِ ، وأمَّا القرضُ : فهوَ صحيحٌ ؛ لأَنَّهُ لم يَجُرَّ منفعةً ، وإِنَّما الشرطُ زيادةٌ في الاستيثاقِ ، ولم يثبُتْ .

فرعٌ : [اشترط ضمان الرهن علىٰ المرتهن] :

ولو رهنَهُ شيئاً ، وشرطَ علىٰ المرتهِنِ ضمانَ الرهنِ . . فإِنَّ الرهنَ غيرُ مضمونٍ عليهِ ، علىٰ ما يأتي بيانُهُ ، ويكونُ هٰذا شرطاً فاسداً ؛ لأَنَّهُ يخالفُ مقتضاهُ ، وهل يفسُدُ الرهنُ بهٰذا الشرطِ ؟

مِن أصحابنا مَن قالَ : يفسُدُ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّ ذٰلكَ نقصانٌ في حقِّ المرتَهِنِ .

وقالَ أبو عليٍّ في « الإفصاحِ » : وهل يبطلُ الرهنُ ؟ فيهِ قولانِ ، لأَنَّ شرطَ الضَّمانِ يجري مجرىٰ الحقوقِ الزائدةِ في الرهن ؛ لأَنَّهُ لم ينقُصْ حقُّ المرتَهِنِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : **والأوَّلُ أصحُّ** .

فرعٌ : [شراء سلعة بشرط جعلها رهناً بالثمن عند البائع] :

إذا ٱشترىٰ سلعةً بشرطِ أنْ يجعلَها رهناً بالثمنِ . . فالرهنُ باطلٌ ؛ لأنَّهُ رهنَ ما لا يملِكُ ، والبيعُ باطلٌ ؛ لأنَّهُ في معنىٰ مَن باعَ عيناً ، وٱستثنىٰ منفعتَها ، فكانَ باطلاً ، ولأنَّ هـٰذا شرطٌ يمنعُ كمالَ تصرُّفِ المشتري ، ولأنَّ منِ ٱشترىٰ شيئاً . . فلَهُ أنْ يبيعَهُ ويهبَهُ ، والرهنُ يمنعُ ذٰلكَ ، فأبطلَ البيعَ ، سواءٌ شرطا أنْ يُسلِّمها البائعُ إلىٰ المشتري ، ثمَّ يرهنَها منهُ ، أو لم يَشرِطْ تسليمَها إليهِ ، فالحُكمُ واحدٌ ؛ لِمَا ذكرناهُ .

وإنْ كانَ لرجلٍ علىٰ آخرَ دينٌ إلىٰ أجلٍ ، فقالَ مَن عليهِ الدَّينُ : رهنتُكَ عبدي هـٰذا بدينِكَ ؛ لتزيدني في الأجلِ . . لم يثبُتِ الأجلُ المزيدُ ؛ لأنَّ التأجيلَ لا يلحقُ بالدَّينِ ، والرهنُ باطلٌ ؛ لأنَّهُ جعلَهُ في مقابلةِ الأجلِ ، وإذا لم يسلَمْ لَهُ الأجلُ . . لم يصِحَّ الرهنُ .

مسألةٌ : [باعه بشرط رهن مشاهد] :

إذا باعَهُ شيئاً بثمنٍ في ذمَّتِهِ ، علىٰ أَنْ يرهنَهُ بالثَّمنِ رَهناً معلوماً بالمشاهدةِ ، أو بالصِّفةِ . . صحَّ البيعُ والرهنُ ؛ لأنَّ الحاجةَ تدعو إلىٰ ذٰلكَ . فإنْ شرطَ رهناً بعينِهِ ، ثمَّ أرادَ الراهنُ أنْ يرهنَهُ غيرَ ذٰلكَ المعيَّنِ . . لم يلزَمِ البائعَ قَبولُهُ ، سواءٌ كانتْ قيمتُهُ مِثْلَ قيمةِ المعيَّنِ أو أكثرَ ؛ لأنَّهُ قد تعيَّنَ بالشرطِ .

وإنْ قالَ : بعتُكَ عبدي بمئةِ درهمٍ ، علىٰ أَنْ ترهَنَني بها رهناً غيرَ معيَّنٍ ، ولا موصوفٍ . . لم يصِحَّ هـٰذا الشرطُ .

وقالَ مالكٌ رحمَهُ اللهُ عليهِ : (يصِحُّ ، ويرجعُ فيهِ إلىٰ العادةِ فيما يُرهنُ بمثلِ ذٰلكَ الثَّمنِ) .

دليلُنا : أَنَّهُ رهنٌ مجهولٌ ، فلمْ يصِحَّ ، كما لو قالَ : رهنتُكَ ما في كُمِّي .

فرعٌ : [شرط وضع الرهن عند عدل أو المرتهن] :

وإذا شرطا في البيعِ رهنَ عبدٍ معلومٍ ، أو موصوفٍ . . نظرتَ :

فإنْ شرطا أنْ يكونَ الرهنُ علىٰ يدِ عدلٍ . . جازَ .

وإِنْ شرطا أنْ يكونَ علىٰ يدِ المرتَهِنِ . . صحَّ ؛ لأنَّ الحقَّ لهُما ، فجازَ ما ٱتَّفقا عليهِ مِن ذٰلكَ .

وإِنْ أطلقا ذٰلكَ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما الشيخُ أبو حامدٍ :

أحدُهما : أنَّ الرهنَ باطلٌ ؛ لأنَّ كونَ الرهنِ في يدِ أحدِهما ليسَ بأولىٰ مِنَ الآخرَ ، فإِذا لم يُذكَرْ ذٰلكَ . . بَطلَ الرهنُ .

والثاني : يصِحُّ الرهنُ ، ويُدفعُ إِلىٰ الحاكِمِ ؛ ليجعلَهُ علىٰ يدِ عدلٍ إِنِ ٱختلفا فيمنْ يكونُ عندَهُ .

وإِنْ كانَ الرهنُ جاريةً ، ولم يَشرِطا كونها عندَ أحدٍ . . قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : صحَّ الرهنُ ، وجهاً واحداً ، وجُعِلَتْ علىٰ يدِ ٱمرأةٍ ثقةٍ ؛ لأَنَّهُ ليسَ لها جهةٌ توضعُ فيهِ غيرَ هٰذا ، بخلافِ غيرِ الجاريةِ ، فإِنْ شرطا أنْ تكونَ هٰذهِ الجاريةُ عندَ المرتَهِنِ ، أو عندَ عدلٍ . . نظرتَ :

فإِنْ كانَ محرَماً لها . . جازَ ذٰلكَ . قالَ القاضي أبو الفتوحِ : وكذٰلكَ : إِنْ كانتْ صغيرةً لا يُشتهىٰ مثلُها . . جازَ تسليمُها إِلىٰ المرتَهِنِ ، أو العدلِ ؛ لأَنَّهُ لا يُخشىٰ عليها منهُ .

وإِنْ كانتْ كبيرةً ، وٱشترطا وضعَها علىٰ يدِ المرتَهِنِ ، أو العدلِ ، وليسَ بذي محرمٍ لها ، فإِنْ كانتْ لَهُ زوجةٌ أَو جاريةٌ ، قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : أَو في دارِهِ نساءٌ تكونُ هٰذهِ المرهونةُ معَهُنَّ . . جازَ تركُها معَهُ ؛ لأَنَّهُ لا يُخشىٰ عليها أَنْ يخلوَ بها . فإِنْ لَمْ تكنْ لَهُ زوجةٌ ولا جاريةٌ . . لَمْ يَجُزْ وَضعُها علىٰ يدِهِ ؛ لقولِهِ ﷺ : « لا يَخْلُوَنَّ رَجُلٌ بِٱمْرَأَةٍ ، فَإِنَّ ثَالِثَهُما الشَّيْطَانُ »[1] ، فإِذا شَرَطَا ذٰلكَ . . بطلَ الشرطُ ، ولَمْ يبطلِ الرهنُ ؛ لأَنَّ هٰذا الشرطَ لا يؤثِّرُ في الرهنِ .

---

(١) أخرجه عن ابن عباس رضي الله عنهما البخاري (٥٢٣٣) في النكاح ، ومسلم (١٣٤١) في الحج بلفظ : « لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم » . وسلف .

فرعٌ : [رهن الخنثىٰ] :

وإِنْ كانَ الرهنُ خنثىٰ مشكلاً . . قالَ القاضي : فإِنْ كان صغيراً . . جازَ أَنْ يكونَ علىٰ يدِ المرتَهِنِ ، وعلىٰ يدِ العدلِ ، وعلىٰ يدِ ٱمرأةٍ ثقةٍ . وإِنْ كانَ كبيراً . . وضِعَ علىٰ يدِ ذي رَحِمٍ مَحْرمٍ لَهُ ، رجلاً كانَ أَوِ ٱمرأةً ، ولا يوضعُ علىٰ يدِ أجنبيٍّ ولا أَجنبيَّةٍ ، فإِنْ كانَ المرتَهِنُ مَحْرماً لَهُ ، أو كانَ عندَهُ محرمٌ لَهُ[1] . . جازَ أَنْ يُجعلَ علىٰ يدِهِ ، فإِنْ أطلقا مَنْ يكونُ عندهُ[2] . . صحَّ ؛ لأَنَّهُ لا جهةَ لوضعِهِ إِلاّ واحدةٌ ، وهو المَحْرَمُ ، رجلاً كانَ أَوِ ٱمرأةً .

فرعٌ : [وضعا الرهن عند عدل ، ثم أنكر العدل] :

وإِذا ٱتَّفقَ المرتهِنانِ علىٰ وضعِ الرهنِ علىٰ يدِ عدلٍ ، ثُمَّ أقرّا أَنَّ العدْلَ قَدْ قبضَ الرهنَ ، وأنكرَ العدلُ ذٰلكَ . . لَزِمَ الرهنُ ؛ لأنَّ الحقَّ لهما دونَ العدلِ ، فإِنْ رَجَعَ أحدُهما وصدَّقَ العدلَ أنَّهُ لَمْ يَقبِضْهُ . . لَمْ يُقبَلْ رُجوعُهُ عنهُ ؛ لأَنَّ إِقرارَهُ السابقَ يكذِّبُهُ . وإِنْ أَقرَّ الراهنُ والعدلُ بالقبضِ ، وأَنكرَ المرتهِنُ . . فالقولُ قولُ المرتَهِنِ ؛ لأنَّ الأَصلَ عدمُ القبضِ ، ولا يُقبلُ قولُ العدلِ عليهِ ؛ لأَنَّهُ يشهدُ علىٰ فعلِ نفسهِ . **هٰذا مذهبُنا** .

وإِنْ قبضَ العدلُ الرهنَ بإِذنِ المرتَهِنِ . . صحَّ ، وبهِ قالَ أبو حنيفةَ رحمَهُ اللهُ .

وقالَ ٱبنُ أبي ليلىٰ : لا يَصِحُّ توكيلُ العدلِ في القبضِ .

دليلُنا : أَنَّ مَنِ ٱشترىٰ شيئاً . . صحَّ أَنْ يوكِّلَ في قبضهِ ، فكذٰلكَ في الرهنِ .

فرعٌ : [يجوز نقل الرهن من يد عدل إِلىٰ مثله برضاهما] :

وإِذا حصلَ الرهنُ عندَ العدلِ بٱتِّفاقِ المتراهِنَينِ ، فإِنْ نقلاهُ إِلىٰ عدلٍ غيرِهِ . . جازَ .

---

(١) في (م) : (أهل) .

(٢) أي : يكون الخنثىٰ عند أحد محارمه ذكر أو أنثىٰ .

وإنْ أَرادَ أحدُهما أَنْ يَنقلَهُ إلىٰ غيرِهِ . . لَمْ يَجُزْ مِنْ غيرِ رضا الآخرِ ؛ لأَنَّهُ حصلَ في يدِهِ برضاهُما ، فلا يخرجُ عَنْ يدِهِ إلاّ برضاهُما .

وإنْ دَعَا أحدُهما إلىٰ نقلِهِ ، وٱمتنعَ الآخرُ . . رُفِعَ إلىٰ الحاكمِ ، فإنْ كانَ العدلُ ثقةً لَمْ يُنقلْ عنهُ . وإنْ تغيَّرَ حالُهُ . . نَقلَهُ الحاكمُ إلىٰ عدلٍ آخرَ .

وهٰكذا : إنْ كانَ الرهنُ عندَ المرتَهِنِ ، فماتَ ، أَوِ ٱختلَّ بجنايةٍ ، أَو أَفلسَ ، أَو حُجِرَ عليهِ ـ هٰكذا ذكرَ الشيخُ أبو حامدٍ ـ وٱختلفَ ورثتُهُ والراهنُ فيمنْ يكونُ الرهنُ عندَهُ ، أَو ماتَ العدلُ ، أَوِ ٱختَلَ ، وٱختلَفَ المتراهنانِ فيمنْ يكونُ الرهنُ عندَهُ . . رُفِعَ الأَمرُ إلىٰ الحاكمِ ليجعلَهُ عندَ عدلٍ ؛ لأنَّ ذٰلكَ أَقطَعُ للخصومةِ .

فرعٌ : [وضعا الرهن بيد عبد وأذنا له بالتصرف] :

إذا وضعا الرهنَ علىٰ يدِ عبدٍ ، ووكَّلاهُ في بيعِهِ . . قالَ أبو العبّاسِ : لا يجوزُ للعبدِ حفظُهُ ولا بيعُهُ ، سواءٌ جَعَلا لَهُ جُعلاً أَو لَمْ يَجعلا لَهُ علىٰ ذٰلكَ ؛ لأنَّ منفعةَ العبدِ مِلكٌ لمولاهُ ، فلا يجوزُ لَهُ بذلُها بغيرِ إذنِ سيِّدِهِ .

وإنْ جَعلا الرهنَ علىٰ يدِ مكاتبٍ ، ووكَّلاهُ في بيعِهِ ، فإنْ كانَ بجُعلٍ . . جازَ ، وإنْ كانَ بغيرِ جُعلٍ . . لَم يَجُزْ ؛ لأنَّ المكاتبَ لا يَملِكُ بذلَ منافعهِ بغيرِ عِوَضٍ . وَإنْ جَعَلا الرهنَ علىٰ يدِ صَبيٍّ مراهقٍ ، وقبضَهُ . . لَمْ يَصِحَّ قبضُهُ ؛ لأَنَّهُ لا حُكْمَ لقبضِهِ .

قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : فصرَّحَ أبو العبّاسِ : أَنَّ قبضَ الصبيِّ لا يَصِحُّ ، ولَمْ يتعرَّضْ لصحَّةِ قبضِ العبدِ والمكاتبِ ، وإنَّما ذكرَ حِفظَهما ، ولكنْ يَصِحُّ قَبضُهما ؛ لأَنَّهما مكلَّفانِ ، وإنَّما لا يجوزُ لهما الحِفظُ والبيعُ ؛ لأَنَّهُ بذلُ منفعةٍ بغيرِ إذنِ السيِّدِ .

فرعٌ : [رد العدل الرهن علىٰ المتراهنين] :

فإذا أَرادَ العدلُ ردَّ الرهنِ علىٰ المتراهنينِ ، فإنْ كانَا حاضرينِ . . ردَّهُ عليهما ، ويجبُ عليهما قَبولُهُ ؛ لأَنَّهُ أَمينٌ متطوِّعٌ ، ولا يَلزمُهُ المُقامُ[1] علىٰ ذٰلكَ . فإنِ ٱمتنعا مِنْ

---

(١) المُقَامة ـ بالضم ـ: الإقامة ، و ـ بالفتح ـ : المجلس ، والجماعة من الناس . وأما المُقَام =

أَخذِهِ . . رُفِعَ الأَمرُ إِلىٰ الحاكمِ ، ليُجبرَهما علىٰ تَسَلُّمِهِ ، فإِنْ ردَّهُ العدلُ علىٰ الحاكمِ قبلَ أَن يردَّهُ عليهما . . ضمِنَ العدلُ ، وضَمِنَ الحاكمُ ؛ لأَنَّهُ لا وِلايةَ للحاكمِ علىٰ غيرِ ممتنعٍ . وكذٰلكَ : إِنْ أَودعَهُ العدلُ عندَ ثقةٍ . . ضَمِنا جميعاً . فإِنِ ٱمتنعا ، ولَمْ يكنْ حاكمٌ ، فتركَهُ العدلُ عندَ ثقةٍ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : جازَ . وإِنِ ٱمتنعَ أحدُهما ، فدفعَهُ إِلىٰ الآخرِ . . ضَمِنَ .

وإِنْ كانا غائبينِ ، فإِنْ كانَ للعدلِ عُذْرٌ ، مثلُ : أَنْ يريدَ سَفَراً ، أَو بهِ مرضٌ يُخافُ منهُ ، أَو عَجزَ عَنْ حِفظهِ . . دَفعَهُ إِلىٰ الحاكمِ ، وقبضَهُ الحاكمُ منهُ ، أَو نصبَ عدْلاً ليكونَ عندَهُ . وإِنْ لَمْ يكنْ هناكَ حاكمٌ . . جازَ أَنْ يدفعَهُ إِلىٰ ثقةٍ . وإِنْ دفعهُ إِلىٰ ثقةٍ معَ وجودِ الحاكمِ . . ففيهِ وجهانِ ، نذكرُهما في (الوديعة) إِنْ شاءَ اللهُ تعالىٰ . وإِنْ لَمْ يكنْ لَهُ عُذرٌ في الردِّ ، فإِنْ كانتْ غيبتُهما إِلىٰ مسافةٍ تُقصرُ فيها الصلاةُ . . قبضَهُ الحاكمُ منه ، أَو نصَّبَ عدلاً ليَقبِضَهُ ؛ لأَنَّ للحاكمِ أَنْ يَقضيَ عليهما فيما لزِمَهما مِنَ الحقوقِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وإِنْ لَمْ يَجِدْ حاكماً . . أَودَعَهُ عندَ ثقةٍ . وإِنْ كانتْ غيبتُهما إِلىٰ مسافةٍ لا تُقصرُ فيها الصلاةُ . . فهوَ كما لو كانا حاضرينِ ، فإِن كانَ أَحدُهما حاضراً والآخرُ غائباً . . لَمْ يَجُزْ تسليمُهُ إِلىٰ الحاضرِ ، وكانَ كما لو كانا غائبينِ . فإِنْ ردَّ علىٰ أَحدِهما في موضعٍ لا يجوزُ لهُ الردُّ إِليهِ . . قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : ضَمِنَ للآخرِ قيمتَهُ . وذكرَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٢٦٨] : إِنْ ردَّهُ علىٰ الراهنِ . . ضَمِنَ للمرتَهنِ الأَقلَّ مِنْ قيمةِ الرهنِ ، أَو قدْرَ الدَّينِ الذي رَهنَ بهِ . وإِنْ ردَّهُ علىٰ المرتَهنِ ضَمِنَ للراهنِ قيمتَهُ . وهٰذا التفصيلُ حسنٌ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فإِنْ غَصبَ المرتَهنُ الرهنَ منَ العدلِ . . وجبَ عليهِ ردُّهُ إِليهِ ، فإِذا ردَّهُ إِليهِ . . زالَ الضَّمانُ عنهُ . ولو كانَ الرهنُ في يدِ المرتَهنِ ، فتعدَّىٰ فيهِ ، ثُمَّ زالَ التعدِّي . . لَمْ يَزُلْ عنهُ الضَّمانُ ؛ لأَنَّ الاستئمانَ قدْ بَطَلَ ، فلَمْ يَعُدْ بفعلِهِ .

= والمَقام : فيكون كل واحد منهما بمعنىٰ : الإقامة ، وقد يكون بمعنىٰ : موضع القيام ؛ لأنك إذا جعلته من قام يقوم . . فمفتوح ، وإن جعلته من أقام يقيم . . فمضموم .

فرعٌ : [رهنا عند عدلين وأراد أحدهما تفويض حفظه للآخر] :

إذا تركا الرهنَ علىٰ يدِ عدلينِ . . فهل لأحدِهما أَنْ يفوِّضَ حِفظَ جميعِهِ إلىٰ الآخرِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : ليسَ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ المتراهنينِ . . لَمْ يرضيا إلاّ بأَمانتِهما جميعاً ، فهو كما لو أَوصىٰ إلىٰ رجلينِ ، فليسَ لأحدِهما أَنْ يَنفرِدَ بالتصرُّفِ .

فعلىٰ هٰذا : عليهما أَنْ يَحفظا الرهنَ في حِرْزٍ يدُهُما عليهِ ، إمّا بملكٍ ، أَو عاريَّةٍ ، أَو إجارةٍ .

وإنْ سلَّمَ أحدُهما جميعَهُ إلىٰ الآخرِ . . ضَمِنَ نِصفَهُ .

والثاني : يجوزُ ؛ لأَنَّ عليهما مشقَّةٌ في الاجتماعِ علىٰ حِفظِهِ ، فإنْ كانَ مِمّا لا يَنقسِمُ ، كالعبدِ . . جازَ لأَحدِهما أَنْ يُسلِّمَهُ إلىٰ الآخرِ .

وإنْ كانَ مِمّا ينقسمُ ، فٱقتسَمَا . . فهل لأحدِهما أَنْ يُسلِّمَ إلىٰ الآخرِ ما حصلَ بيدهِ بعدَ القِسمةِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : يجوزُ ؛ لأَنَّهُ لو سلَّمَ إليهِ ذٰلكَ قبلَ القِسمةِ . . صحَّ ، فكذٰلكَ بعدَ القِسمةِ .

والثاني : لا يجوزُ لأَنَّهما لمّا ٱقتسما . . صارَ كَمَا لو قَسمَهُ المتراهنانِ بينَهما . **هٰذا مذهبُنا** .

وقالَ أَبو حنيفةَ رحمَهُ اللهُ : (إنْ كانَ مِمّا لا ينقسمُ . . جازَ لكلِّ واحدٍ منهُما إمساكُ جميعِهِ ، وإِنْ كانَ مِمّا يَنقسِمُ . . لَمْ يَجُزْ ، ويَقتسمانهِ) .

دليلُنا : أَنَّ المالكَ لَمْ يرضَ إلاّ بأَمانتِهما ، فلَمْ يكُن لأَحدِهما أَنْ يَنفردَ بحفظ جميعِهِ ، كالوصيَّينِ .

فرعٌ : [توكيل العدل ببيع الرهن وقت مَحِله] :

إذا وضعا الرهنَ علىٰ يدِ عدلٍ ، ووكَّلاهُ في بيعِهِ عندَ مَحِلِّ الحقِّ . . صحَّ التوكيلُ ، ولا يكونُ هٰذا تعليقَ وكالةٍ علىٰ شرطٍ ، وإِنَّما هو تعليقُ التصرُّفِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فإذا حلَّ الحقُّ . . لم يجُزْ للعدلِ أنْ يبيعَهُ حتَّىٰ يستأذِنَ المرتَهِنَ ؛ لأنَّ البيعَ لحقِّهِ ، فإذا لم يُطالِبْ بهِ . . لم يجُزْ بيعُهُ . فإذا أَذِنَ المرتَهِنُ بذٰلكَ . . فهلْ يحتاجُ إلىٰ ٱستئذانِ الراهنِ ليجدِّدَ لهُ الإذنَ ؟ فيهِ وجهانِ :

[أحدُهما] : قالَ أبو عليِّ بنُ أبي هريرةَ : لا بدَّ مِنِ ٱستئذانِهِ ، كما يفتقرُ إلىٰ تجديدِ إذنِ المرتَهِنِ ، ولأنَّهُ قد يكونُ لهُ غَرَضٌ في أنْ يقضيَ الحقَّ مِنْ غيرِهِ .

و **[الثاني]** : قالَ أبو إسحاقَ : لا يفتقرُ إلىٰ ٱستئذانِهِ ؛ لأنَّ إذنَهُ الأوَّلَ كافٍ ، ويفارقُ المرتَهِنَ ؛ لأنَّ البيعَ يفتقرُ إلىٰ مطالبتِهِ بالحقِّ ، وأمَّا غَرَضُ الراهنِ : فلا ٱعتبارَ بهِ ؛ لأنَّهُ ما لم يُغيِّرِ الإذنَ الأوَّلَ ، فهو راضٍ بهِ .

وإنْ عزَلَ الراهنُ العدلَ . . ٱنعزلَ ، ولم يجُز لَهُ البيعُ ، وبهِ قالَ أحمدُ رحمةُ اللهِ عليهِ .

وقالَ مالكٌ ، وأبو حنيفةَ رحمةُ اللهِ عليهما : (لا ينعزلُ) .

دليلُنا : أنَّ الوكالةَ عقدٌ جائزٌ ، فٱنعزلَ بعزلِهِ ، كسائرِ الوَكالاتِ .

وإنْ عزلَهُ المرتَهِنُ . . ففيهِ وجهانِ :

[أحدُهما] : مِن أصحابنا مَن قالَ : ينعزِلُ ؛ لأنَّ الشافعيَّ رحمَهُ اللهُ قالَ : (ولكلِّ واحدٍ منهما منعُهُ مِنَ البيعِ) ، ولأنَّهُ أحدُ المتراهنينِ ، فملَكَ عزلَ العَدْلِ ، كالراهنِ .

و **[الثاني]** : قالَ أبو إسحاقَ : لا ينعزِلُ ؛ لأنَّ العدلَ وكيلُ الراهنِ ، فلم ينفسخْ بعزلِ غيرِهِ . وتأوَّلَ كلامَ الشافعيِّ رحمَهُ اللهُ : أنَّهُ أرادَ : أنَّ لكلِّ واحدٍ منهما منعُهُ مِنَ البيعِ ؛ لأنَّ للمرتهِنِ أنْ يمنعَهُ مِنَ البيعِ ؛ لأنَّ البيعَ إنَّما يُستحَقُّ بمطالبتِهِ ، فإذا لم يُطالِبْ بهِ ، ومَنَعَ منهُ . . لم يجُزْ . فأمَّا أنْ يكونَ فسخاً : فلا .

فرعٌ : [وكالة العدل في بيع الرهن إذا حلَّ الأجل] :

إذا رهنَ شيئاً ، وشرطَ أنْ يكونَ في يدِ عدلٍ ، ووكَّلَ العدلَ في بيعِهِ ، فحلَّ الحقُّ قبلَ أنْ يُقبَضَ الرهنَ . . فذكرَ الشيخُ أبو حامدٍ في « التعليق » : أنَّهُ لا يجوزُ للعدلِ بيعُ الرهنِ ؛ لأنَّهُ وكَّلَهُ ببيعِهِ رهناً ، وهٰذا رهنٌ لم يلزَم ؛ لأنَّهُ لم يَقبِض ، اللَّهُمَّ إلاَّ أنْ يُقبضَهُ الآنَ ، فيكونُ لَهُ بيعُهُ .

وذكرَ الطبريُّ في « العُدَّةِ » : إنْ وكّلَهُ في بيعِهِ رهناً . . لم يكُن لَهُ بيعُهُ ؛ لأنَّهُ لا يصيرُ رهناً إلاَّ بالقبضِ . وإنْ كانَ الإذنُ في بيعِهِ مطلقاً . . كانَ لَهُ أنْ يبيعَهُ ؛ لأنَّ للوكيلِ بيعَ الشيءِ وهو في يدِ الموكِّلِ .

فرعٌ : [وضَع أثنان رهناً عند مسلم أو غيره] :

إذا تراهنَ الذمِّيانِ رهناً ، وجعلاهُ علىٰ يدِ مُسلِمٍ . . جازَ . وإنْ تراهنَ المُسلِمانِ ، أو المُسلِمُ والذمِّيُّ ، أو الذمِّيانِ ، وجعلاهُ علىٰ يدِ ذِمِّيٍّ . . جازَ ؛ لأنَّ الذمِّيَّ يصِحُّ أنْ يكونَ وكيلاً في البيعِ . فإنِ آقترضَ مُسلِمٌ مِن ذمِّيٍّ دراهمَ ، ورَهنَهُ بها خمراً ، وجعلاهُ علىٰ يدِ ذِمِّيٍّ ، ووكّلاهُ في بيعِهِ ، فباعَهُ . . لم يصِحَّ بيعُهُ ؛ لأنَّهُ بيعُ خمرٍ علىٰ مُسلمٍ . وإنِ آقترضَ ذمِّيٌّ مِنْ ذمِّيٍّ دراهمَ ، ورهنَهُ بها خمراً ، وجعلاهُ علىٰ يدِ مُسلِمٍ ، ووكّلاهُ في بيعِهِ ، فباعَهُ . . لم يصِحَّ ؛ لأنَّهُ بَيعُ الخمرِ مِن مُسلِمٍ . وإنِ آقترضَ ذمِّيٌّ مِنْ مُسلِمٍ دراهمَ ، ورهنَهُ بها خمراً ، وجعلاهُ علىٰ يدِ ذمِّيٍّ ، ووكّلاهُ في بيعِهِ ، فباعَهُ . . فهلْ يُجبرُ المُسلِمُ علىٰ قبضِ حقِّهِ منهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : لا يُجبرُ ؛ لأنَّهُ ثَمَنُ الخمرِ ، وثَمَنُ الخمرِ مُحرَّمٌ علىٰ المُسلِمِ[1] .

والثاني : يُجبرُ ، فيقالُ لَهُ : إمَّا أنْ تأخذَهُ ، وإمَّا أنْ تُبرِّىءَ مِنْ قَدْرِهِ مِنَ الدَّينِ ؛ لأنَّ أهلَ الذمَّةِ إذا تقابضوا في ثمنِ الخمرِ ، و ما أشبهَهُ مِنَ العقودِ الفاسدةِ . . أُقِرُّوا عليها ، وصارَ ذٰلكَ مالاً مِنْ أموالِهِم .

فرعٌ : [يضمن العدل ثمن الرهن للراهن] :

إذا وكّلَ العدلَ في بيعِ الرهنِ ، فباعَهُ ، وقبضَ الثَّمَنَ . . فإنَّ الثمنَ يكونُ في يدِهِ مِن ضمانِ الراهنِ إلىٰ أنْ يسلِّمَهُ إلىٰ المرتَهِنِ ، وبهِ قالَ أحمدُ رحمةُ اللهِ عليهِ .

وقالَ مالكٌ ، وأبو حنيفةَ رحمةُ اللهِ عليهما : (هو مِن ضمانِ المرتَهِنِ) .

---

(١) لحديث ابن عباس رضي الله عنهما عند مسلم (١٥٧٩) في المساقاة : « إن الذي حرَّم شربها حرَّم بيعها » ، وعند أبي داود (٣٤٨٨) بلفظ : « . . . وإن الله إذا حرَّم علىٰ قوم أكل شيء . . حرَّم عليهم ثمنه » .

دليلُنا : أَنَّ العدلَ وكيلٌ للراهنِ في البيعِ ، والثمنُ مِلكُهُ ، فكانَ مِن ضمانِهِ ، كالموكِّلِ في غيرِ الرهنِ .

فإِنْ تَلِفَ الثمنُ في يدِهِ ، وخرجَ المبيعُ مُستحَقّاً ، فعلىٰ مَن يَرجِعُ المشتري ؟ يُنظرُ في العدلِ :

فإِنْ أطلَقَ البيعَ ، ولم يذكُر : أَنَّهُ يبيعُ علىٰ الراهنِ . . رجَعَ المشتري علىٰ العدلِ ؛ لأنَّ الظاهرَ أَنَّهُ باعَ مالَ نفسِهِ ، فلزِمَهُ الضمانُ بحُكمِ الظاهرِ .

وإِنْ ذكرَ حالَ البيعِ : أَنَّهُ يبيعُ علىٰ الراهنِ ، أو صدَّقَهُ المشتري علىٰ ذٰلكَ . . فإِنَّ المشتريَ يرجِعُ بالعُهدةِ علىٰ الراهنِ دونَ العدلِ ؛ لأنَّ العقدَ لَهُ .

وإِنْ قَبَضَ العدلُ الثَّمَنَ ، وسلَّمَهُ إِلىٰ المرتَهِنِ ، ثمَّ وجدَ المشتري بالرهنِ عيباً ، فإِنْ أقامَ البيِّنةَ علىٰ العيبِ ، بأنْ لم يذكرِ العدلُ : أَنَّهُ يبيعُ للراهنِ . . فإِنَّ المشتريَ يرجِعُ بالثَّمنِ علىٰ العدلِ ، ويرجِعُ العدلُ علىٰ الراهنِ ؛ لأَنَّهُ وكيلُهُ ، ولا يسترجِعُ الثَّمنَ مِنَ المرتَهِنِ ؛ لأنَّ الرهنَ لَمّا بيعَ . . حصلَ ثمنُهُ للراهنِ ومَلَكَهُ ، فإِذا دُفِعَ إِلىٰ المرتَهِنِ . . فقد قضىٰ دينَهُ بملكِهِ ، فزالَ مِلكُ الراهنِ عنهُ . فإِنْ لم يكُن للعدلِ ولا للراهنِ مالٌ غيرُ الرهنِ . . بيعَ ، وقُضيَ حقُّ المشتري مِن ثمنِهِ ، وما بقيَ . . كانَ للمشتري ديناً علىٰ العدلِ ، وللعدلِ علىٰ الراهنِ .

فإِنْ لم يكُنْ معَ المشتري بيِّنةٌ بالعيبِ ، فإِنْ كانَ العيبُ ممّا لا يمكنُ حدُوثُهُ عندَ المشتري . . فهوَ كما لو قامتِ البيِّنةُ أَنَّهُ كانَ موجوداً بهِ وقتَ البيعِ . وإِنْ كانَ ممَّا يمكنُ حدوثُهُ عندَ المشتري ، فإِنْ صدَّقَهُ العدلُ والراهنُ أَنَّهُ كانَ موجوداً بهِ وقتَ البيعِ . . فهو كما لو قامتِ البيِّنةُ أَنَّهُ كانَ موجوداً وقتَ البيعِ ، فالحكمُ فيهِ كما ذكرناهُ . وإِنْ كذَّباهُ . . حَلَفَ لَهُ العدلُ : لقد باعَهُ إِيّاهُ بريئاً مِنْ هـٰذا العيبِ ، فإِنْ لم يحلِفْ ، ونكَلَ ، فحلَفَ المشتري . . رجَعَ علىٰ العدلِ بالثَّمنِ ، ولا يرجِعُ العدلُ بالثَّمنِ علىٰ الراهنِ ؛ لأَنَّهُ كانَ يمكنُهُ أَنْ يَحلِفَ . وإِنْ كانَ العدلُ قدْ قالَ[1] وقتَ البيعِ : إِنَّهُ يبيعُ للراهنِ . . رجَعَ المشتري علىٰ الراهنِ دونَ العدلِ .

---

(١) في (م) : (قيد) .

مسألةٌ : [لا يبيع المرتهن الرهن إلا بحضور الراهن] :

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (ولو شرَطَ المرتَهِنُ إذا حلَّ الحقُّ : أنْ يبيعَهُ لنفسِهِ . . لم يجُزْ أنْ يبيعَ إلاّ أنْ يحضُرَ[1] ربُّ الرهنِ ، فإنِ آمتنعَ . . أمَرَ الحاكمُ ببيعِهِ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أنَّهُ إذا رهنَهُ رهناً ، وشرطا في عقدِ الرهنِ : أنَّ المرتهِنَ يبيعُ الرهنَ . . فهٰذا شرطٌ فاسدٌ ، وهلْ يبطلُ الرهنُ ؟ فيهِ قولانِ ؛ لأنَّهُ زيادةٌ في حقِّ المرتَهِنِ ، وقد مضىٰ ذكرُ مثلِ ذٰلكَ .

فأمّا إذا رَهنَهُ رهناً صحيحاً ، وأقبضَهُ إيّاهُ ، فلمّا حلَّ الحقُّ . . وكّلَ الراهنُ المرتَهِنَ ببيعِ الرهنِ . . لم تصِحَّ الوكالةُ . وإذا باعَ المرتَهِنُ . . كانَ البيعُ باطلاً ، وبهِ قالَ أحمدُ رحمةُ اللهِ عليهِ .

وقالَ مالكٌ ، وأبو حنيفةَ رحمةُ اللهِ عليهِما : (يصِحُّ التوكيلُ ، والبيعُ) .

دليلُنا : أنَّهُ توكيلٌ يجتمعُ فيهِ غَرضانِ متضادّانِ[2] ، وذٰلكَ : أنَّ الراهنَ يريدُ التأنِّيَ في البيعِ للاستقصاءِ في الثَّمنِ ، والمرتَهِنُ يريدُ الاستعجالَ في البيعِ ليستوفيَ دينَهُ ، فلم يَجُزْ ، كما لو وكّلَهُ ببيعِ الشيءِ مِن نفسِهِ . فإنْ كانَ الراهنُ حاضراً . . فهل يَصِحُّ بيعُ المرتَهِنِ بإذنِهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : يَصِحُّ البيعُ ، **وهو ظاهرُ النصِّ** ، فإنَّ الشافعيَّ رحمَهُ اللهُ تعالىٰ قالَ : (إلاّ أنْ يَحضُرَ ربُّ الرهنِ) ، ولأنَّهُ إذا كانَ حاضراً ، فسمِعَ تقديرَ الثَّمَنِ . . آنتفتِ التُّهمَةُ[3] منَ المرتَهِنِ ، فصحَّ بيعُهُ .

---

(١) **يحضُر** ـ من باب قعد ـ : ضد يغيب ، ويقال : حضِر فلان ، بالكسر لغة ، واتفقوا علىٰ ضمّه في المضارع مطلقاً ، وقياسه كسر الماضي مع فتح المضارع ، لكن استعمل المضموم مع كسر الماضي شذوذاً ، ويُسمّىٰ : تداخل اللغتين .

(٢) **المتضادان** : لا يجتمعان ولا يرتفعان ، كالنور والظلام .

(٣) **التُّهمة** ـ وزان : رُطبَة ، والسكون لغةٌ حكاها الفارابي ـ يقال : اتهمته في قوله : شككت في صدقه ، واتهمته بكذا : ظننته به .

والثاني ـ وهو ٱختيارُ الطبريِّ في « العُدَّةِ » ـ : أَنَّهُ لا يَصِحُّ البيعُ ؛ لأَنَّهُ توكيلٌ فيما يتعلَّقُ بهِ حقُّهُ فلم يَصِحَّ ، كما لو كانَ غائباً ، وقولُ الشافعيِّ رحمَهُ اللهُ : (إلاّ أنْ يحضُرَ ربُّ الرهنِ) معناهُ : فيبيعُهُ بنفسِهِ ، ألا ترىٰ أنَّهُ قالَ : (فإنِ ٱمتنعَ . . أمرَهُ الحاكمُ ببيعِهِ) ؟

فإن قيلَ : هلاّ قلتُم : يَصِحُّ البيعُ وإنْ كانتِ الوكالةُ فاسدةً ، كما قلتُم في سائرِ الوكالاتِ الفاسدةِ ؟

فالجوابُ : أنَّ الوكالةَ الفاسدةَ إنَّما يَصِحُّ البيعُ فيها ؛ لأنَّ الفسادَ غيرُ راجعٍ إلىٰ الإذنِ ، وإنَّما هو راجعٌ إلىٰ معنىً في العِوَضِ ، وهاهُنا الفسادُ راجعٌ إلىٰ الإذنِ نفسِهِ ، فهو كما لو وكَّلَهُ أنْ يبيعَ مِنْ نفسِهِ . . فباعَ .

وباللهِ التوفيقُ

* * *

بابُ ما يَدخلُ في الرهنِ وما لا يدخُلُ وما يَملِكهُ الراهنُ وما لا يَملِكُهُ

إذا رهنَهُ أرضاً وفيها بناءٌ أو شجر ، فإنْ شرطَ دخولَ ذٰلكَ في الرهنِ ، أو قالَ : رهنتُكَها بحقوقِها . . دخلَ البناءُ والشجرُ في الرهنِ معَ الأرضِ ، وهٰكذا : إنْ قالَ : رهنتُكَ هٰذا البستانَ أو هٰذهِ الدارَ . . دخلَ الشجرُ والبناءُ في الرهنِ . فإنْ قالَ : رهنتُكَ هٰذهِ الأرضَ ، وأطلقَ . . فهل يدخلُ البناءُ والشجرُ في الرهنِ ؟ فيهِ ثلاثُ طُرقٍ ، ذكرناها في البيعِ .

وإنْ باعَهُ شجرةً ، أو رَهنَها منهُ . . صحَّ البيعُ والرهنُ في الشجرةِ ، وهل يدخلُ قرارُها في البيعِ والرهنِ ؟ ذكرَ الشيخُ أبو حامدٍ ، وٱبنُ الصبّاغِ : أَنَّ قرارَها لا يدخلُ في الرهنِ ، وجهاً واحداً ، وهلْ يدخلُ في البيعِ ؟ فيهِ وجهانِ .

وذكرَ الطبريُّ في « العُدَّةِ » : أَنَّ البيعَ والرهنَ علىٰ وجهينِ :

أحدُهما : لا يدخلُ ؛ لأنَّ المسمّىٰ في العقدِ هو الشجرُ ، وهٰذا ليسَ بشجرٍ .

فعلىٰ هٰذا : إذا ٱنقطَعتِ الشجرةُ . . لم يكُن للمشتري أَنْ يَغرِسَ مكانَها غيرَها .

والثاني : يدخلُ قرارُ الشجرةِ ؛ لأَنَّ قِوامَ الشجرةِ بهِ ، فهو كعروقِ الشجرةِ تحتَ الأرضِ .

فعلىٰ هٰذا : إذا ٱنقطعتْ هٰذهِ الشجرةُ . . كانَ للمشتري أَنْ يغرسَ مكانَها .

وأمَّا البياضُ الذي بينَ الشجرِ : فلا يدخلُ في البيعِ والرهنِ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّ العقدَ إنَّما يتناولُ الشجرَ .

مسألةٌ : [زيادة الرهن] :

وأمَّا نماءُ الرهنِ : فضربانِ : موجودٌ حالَ الرهنِ ، وحادِثٌ بعدَ الرهنِ .

فأمَّا الموجودُ حالَ الرهنِ : فإنْ كانَ ثمرةً . . فقد مضىٰ ذِكرُها . وٱختلَفَ أصحابنا

في وَرَقِ التوتِ وأغصانِ الخِلافِ والآسِ[1] :

فمنهُم مَن قالَ : هوَ كالورَقِ والأغصانِ مِن سائِرِ الأشجارِ ، فيدخلُ في الرهنِ .

ومنهم من قالَ : هو كالثمارِ مِن سائِرِ الأَشجارِ . وقد مضىٰ ذِكرُها .

وإِنْ رهنَهُ ماشيةً ، وفيها لبنٌ أو صوفٌ . . **فالمنصوصُ** : (أنَّهُ لا يدخلُ في الرهنِ) .

وقالَ الربيعُ : في الصوفِ قولٌ آخرُ : (أنَّهُ يدخلُ) . فمن أصحابنا مَن قالَ : في الصوفِ قولانِ . ومنهم مَن قالَ : لا يدخلُ ، قولاً واحداً . وما ذكرَهُ الربيعُ : مِن تخريجِهِ .

وأمَّا النماءُ الحادثُ بعدَ الرهنِ : كالولدِ ، والثمرةِ ، واللَّبنِ ، وسائرِ منافعِهِ . . فٱختلفَ أهلُ العلمِ فيهِ :

فذهبَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ إِلىٰ : (أَنَّهُ مِلْكٌ للراهنِ ، وأَنَّهُ لا يدخلُ في الرهنِ ، وللراهنِ أنْ ينتفِعَ بالرهنِ) .

وقالَ قومٌ مِن أصحابِ الحديثِ : نَماءُ الرهنِ ومنافعهُ مِلْكٌ لمنْ يُنفِقُ عليهِ ، فإِنْ كانَ الراهنُ هو الذي يُنفِقُ عليهِ . . مَلَكَهُ . وإِنْ كانَ المرتَهِنُ هو الذي يُنفِقُ عليهِ . . فالنماءُ مِلْكٌ لَهُ .

وقالَ أَحمدُ رحمةُ اللهِ عليهِ : (لبنُ الرهنِ مِلْكٌ للمرتَهِنِ ، فلَهُ حلبُهُ وشُربُهُ) .

وقالَ أبو حنيفةَ رحمَهُ اللهُ : (الثمرةُ والولدُ واللَّبنُ الحادثُ بعدَ الرهنِ مِلكٌ للراهنِ ، إلاّ أَنَّهُ يدخلُ في الرهنِ) . وقالَ أيضاً : (ليسَ للراهنِ ولا للمرتَهِنِ أَنْ ينتفِعَ بالرهنِ ، بل تُترَكُ المنافعُ تتلَفُ) .

---

(١) **الخلاف** : أصناف ، كالصفصاف ، منه أحمر وأبيض ، يستخرج من ثمره طيب ذكي الرائحة ، وثماره ناعمة المشمِّ والملمس ، يستخلص من أغصانه الرطبة دهن طيب الرائحة يدعىٰ : بدهن الخلاف .

الآس : نبت معروف ، ثمره الحبلاس ، ويستعمل ورقه مجففاً لتطييب رائحة الأطفال .

وقالَ مالكٌ رحمةُ اللهِ عليهِ : (الولدُ الحادثُ يكونُ رهناً ـ كقولِ أَبي حنيفةَ ـ وأَمّا الثمرةُ : فلا تكونُ رهناً) . كقولنا .

دليلُنا علىٰ أصحابِ الحديثِ ، وعلىٰ أحمدَ رحمةُ اللهِ عليهِ : ما روىٰ أَبو هريرةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « لا يُغلَقُ الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ الذي رَهَنَهُ ، لَهُ غُنْمُهُ ، وعليهِ غُرمُهُ » . فمَن قالَ : إِنَّهُ مِلكٌ للمرتَهِنِ . . فقد خالفَ نصَّ الخَبرِ .

وروىٰ الشعبيُّ عن أبي هريرةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَنْ رَهَنَ دَابَّةً . . فعليهِ نَفَقَتُها ، ولَهُ ظَهْرُهَا ونِتَاجُهَا »[1] . **وهـٰذا نصٌّ** ، ولأَنَّ الرهنَ مِلْكٌ للراهنِ ، فكانَ نماؤُهُ مِلْكاً لَهُ ، كما لو لم يكُن مرهوناً .

وعلىٰ أَبي حنيفةَ رحمَهُ اللهُ : ما روىٰ الأعمشُ ، عن أَبي هريرةَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « الرَّهْنُ مَحْلُوبٌ وَمَركُوبٌ »[2] . **وبالإجماعِ** بيننا وبينَ أَبي حنيفةَ : أَنَّهُ لم يُرِدْ : أَنَّهُ محلوبٌ ومركوبٌ للمرتَهِنِ ، فثبَتَ : أَنَّهُ محلوبٌ ومركوبٌ للراهنِ .

وأيضاً : فقولُهُ ﷺ : « لا يُغْلَقُ الرَّهْنُ مِنْ راهِنِهِ الَّذي رَهَنَهُ ، لَهُ غُنْمُهُ ، وعليهِ غُرمُهُ » . و(الغنم) : هو النماءُ ، فَمن قالَ : إِنَّهُ رهنٌ . . فقد خالفَ الخبرَ ، ولأَنَّ الرهنَ عقدٌ لا يُزيلُ المِلكَ عَنِ الرَّقبةِ ، فلَم يَسْرِ إِلىٰ الولدِ ، كالإِجارةِ ، ولأَنَّ الرهنَ حقٌّ تعلَّقَ بالرَّقبةِ ليستوفيَ مِن ثمنِها ، فلم يَسْرِ إِلىٰ الولدِ ، كالأرشِ في الجنايةِ ، وذٰلكَ : أَنَّ الجاريةَ إذا جَنَتْ . . تعلَّقَ حقُّ الجِنايةِ برقَبَتِها ، وإِذا أَتتْ بولدٍ . . لم يَسْرِ أَرشُ الجنايةِ إِلىٰ ولدِها .

إذا ثبتَ : أَنَّ منافعَ الرهنِ مِلكٌ للراهنِ . . فلَهُ أَنْ يستوفيَها علىٰ وجهٍ لا ضررَ فيهِ علىٰ المرتَهِنِ ، فإِنْ كانَ الرهنُ عبداً أو دابَّةً . . فلَهُ أَنْ يُعيرَهُ ثقةً ، ولَهُ أَنْ يؤاجِرَهُ مِنْ ثقةٍ

---

(١) أخرجه عن أبي هريرة رضي الله عنه البخاري (٢٥١٢) في الرهن ، وأبو داود (٣٥٢٦) ، والترمذي (١٢٥٤) في البيوع بلفظ : « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلىٰ الذي يركب ويشرب النفقة » ، و : « لبن الدر يحلب بنفقته » .

(٢) سلف ، وجعله البخاري عنواناً في الرهن ، باب (٤) : الرهن مركوب ومحلوب . انظر « الفتح » (٥/ ١٧٠) .

إِلىٰ مدَّةٍ تنقضي قبلَ حلولِ الحقِّ ، وهلْ لَهُ أَنْ يستخدِمَهُ بنفسِهِ ، أو يركبَ البهيمةَ بنفسهِ ؟

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ في موضعٍ : (لَهُ ذٰلكَ) . وقالَ في موضعٍ : (ليسَ لَهُ ذٰلكَ) .

فَمِن أصحابنا مَن قالَ : فيهِ قولانِ :

أحدُهما : لا يجوزُ ؛ لأَنَّهُ لا يُؤمَنُ أَنْ يَجحَدَهُ .

والثاني : يجوزُ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ لمّا جازَ أَنْ يستوفيَهُ بغيرِهِ . . جازَ أَنْ يستوفيَهُ بنفسِهِ ، كغيرِ الرهنِ .

ومنهم مَنْ قالَ : إِنْ كانَ الراهنُ ثقةً . . جازَ له أَنْ يستوفيَهُ بنفسِهِ . وإِنْ كانَ غيرَ ثقةٍ . . لم يجُزْ أَنْ يستوفيَ بنفسِهِ ؛ لأَنَّ الثقةَ يُؤمَنُ منهُ أَنْ يجحدَ ، وغيرُ الثقةِ لا يُؤمَنُ منهُ أَنْ يجحَدَ . وحَملَ القولينِ علىٰ هـٰذينِ الحالينِ . **والصحيحُ الطريقُ الأوَّلُ** .

إذا ثبتَ هـٰذا : فإِنَّما لَهُ أَنْ يعيرَ الرهنَ ، ويؤاجِرَهُ ، ويستوفيَ ذٰلكَ بنفسهِ ، بحيثُ لا يخرجهُ عَنْ سُلطانِ المرتَهِنِ ، وهو أَنْ يفعلَ ذٰلكَ كلَّهُ في بلدةِ المرتَهِنِ ، بحيثُ يردُّهُ إِلىٰ المرتَهِنِ أو إِلىٰ العدلِ بالليلِ ، فأمّا أَنْ يؤاجِرَهُ للمسافَرةِ بهِ ، أو يسافِرَ هو بهِ . . فلا يجوزُ ؛ لأنَّ ذٰلكَ يُخرِجُ الرهنَ عَن سُلطانِ المرتَهِنِ .

وإِنْ كانَ الرهنُ داراً . . فلَهُ أَنْ يؤاجِرَها ، ويعيرَها ، وهلْ لَهُ أَنْ يَسكُنَها بنفسِهِ ؟ علىٰ الطريقينِ ، إِلاّ أَنَّ لساكنِها أَنْ يَسكُنها ليلاً ونهاراً .

والفرقُ بينَ الدارِ والعبدِ والدابَّةِ : أَنَّ سُكنىٰ الدارِ تتَّصلُ ليلاً ونهاراً ، وخِدمةَ العبدِ ، وركوبَ الدابَّةِ وتحميلَها لا يتَّصلُ ، وإِنَّما يكونُ بالنَّهار .

وإِنْ كانَ الرهنُ ثوباً . . لم يجُزْ للراهنِ لُبْسُهُ بنفسِهِ ، ولا لَهُ أَنْ يؤاجِرَهُ ، ولا يعيرَهُ ؛ لأنَّ ذٰلكَ يؤدِّي إِلىٰ إِتلافِهِ .

وإِنْ كانَ الرهنُ جاريةً . . لم يكُنْ للراهنِ تزويجُها ، وكذٰلكَ لا يجوزُ لَهُ تزويجُ العبدِ المرهونِ .

وقالَ أبو حنيفةَ رحمَهُ اللهُ : (يجوزُ تزويجُهما) .

دليلُنا : أنَّ التزويجَ يَنقُصُ قيمتَهما .

وهلْ يجوزُ لَهُ وَطْءُ الجاريةِ المرهونةِ ؟ يُنظرُ فيهِ :

فإنْ كانت ممَّنْ يَحْبَلُ مثلُها . . لم يجُزْ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّ ذٰلكَ يؤدِّي إلىٰ الإضرارِ بالمرتَهِنِ بأنْ تحبَلَ ، فتتلَفَ . ولَهُ أنْ يؤاجِرَها ويعيرَها للخدمةِ ، وهلْ لَهُ أنْ يستخدِمَها بنفسِهِ ؟

إن قُلنا : لا يجوزُ لَهُ ٱستخدامُ العبدِ بنفسِهِ . . فهٰذهِ الجاريةُ أولىٰ .

وإن قُلنا : لَهُ أَنْ يستخدِمَ العبدَ بنفسِهِ . . قالَ أصحابنا : فليسَ لَهُ أَنْ يستخدِمَ هٰذهِ الجاريةَ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّهُ لا يُؤمَنُ أنْ يخلوَ فيها فيطَأَها .

والذي يبينُ لي : أَنَّها إذا كانتْ ممَّنْ لا يَحِلُّ لَهُ وطؤُها ، كأمرأةٍ مِنْ ذواتِ محارِمِهِ . . أَنَّهُ يجوزُ لَهُ أنْ يستخدمَها ؛ لأَنَّ ذٰلكَ مأمونٌ في حقِّهِ .

وإنْ كانتِ الجاريةُ صغيرةً . . فهلْ لَهُ أنْ يطأَها ؟ فيهِ وجهانِ :

[**أحدُهما**] : قالَ أبو إسحاقَ : يجوزُ لَهُ أنْ يطَأَها ؛ لأَنَّهُ يُؤمَنُ أَنْ يُحبِلَها .

و [**الثاني**] : قالَ أبو عليٍّ بنُ أبي هريرةَ : لا يجوزُ لَهُ ؛ لأَنَّ الإحبالَ والحيضَ قدْ يختلِفُ بالنساءِ ، فقدْ يُسرِعُ إلىٰ بعضِهِنَّ لقوَّتِها وسِمَنِها ، ويتأخَّرُ عنِ البعضِ ، فحسمنا البابَ .

فإن قُلنا بهٰذا : لم يجُزْ لَهُ ٱستخدامُها بنفسِهِ ؛ لأَنَّهُ لا يُؤمَنُ أنْ يطأَها .

وإن قُلنا بقولِ أبي إسحاقَ . . فهيَ كالعبدِ إذا أرادَ أنْ يستخدِمَهُ بنفسِهِ .

وإنْ كانَ الرهنُ أرضاً ، فأرادَ الراهنُ أنْ يزرَعَ فيها . . نظرتَ :

فإنْ كانَ زرعاً يَضُرُّ بها . . لم يكُنْ لَهُ ذٰلكَ ؛ لقولِهِ ﷺ : « لاَ ضَرَرَ ولا إِضْرَارَ »[1] .

---

(١) حديث حسن بطرقه وشواهده ، وهو في « الأربعين في مباني الإسلام وقواعد الأحكام » (٣٢) .

رواه مرسلاً عن يحيىٰ المازني مالك في « الموطأ » (٢/ ٧٤٥) بإسناد صحيح . وروي موصولاً :

فعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه رواه الدارقطني في « السنن » (٣/ ٧٧) بلفظه =

وإِنْ كانَ لا يَضرُّ بالأرضِ . . نظرتَ :

فإنْ كانَ يُحصدُ قبلَ حلولِ الدَّينِ . . لم يُمنعْ منهُ .

وإِنْ كانَ لا يُحصدُ إلاَّ بعدَ حلولِ الدَّينِ . . **فالمنصوصُ** : (أنَّهَ ليسَ لَهُ ذٰلكَ) .

وقالَ الربيعُ فيهِ قولٌ آخرُ : (أنَّ لَهُ ذٰلكَ) .

فمِنْ أصحابنا مَن قالَ : فيهِ قولانِ :

أحدُهما : ليسَ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّهُ يَنقُصُ قيمةَ الأرضِ عندَ حلولِ الدَّينِ .

والثاني : لَهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّ الزرعَ قد يُمكِنُ نقلُهُ مِن غيرِ ضررٍ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : ليسَ لَهُ أَنْ يزرعَ ذٰلكَ ، قولاً واحداً ، وما حكاهُ الربيعُ مِنْ كيسِهِ[1] .

= و (٢٢٨/٤) ، والحاكم في « المستدرك » (٢/ ٥٧ ـ ٥٨) وصححه ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٦٩) في الصلح .

وعن ابن عباس رضي الله عنهما رواه أحمد في « المسند » (١/ ٣١٣) ، وابن ماجه (٢٣٤١) ، والدارقطني في « السنن » (٤/ ٢٢٨) .

وعن أبي هريرة رضي الله عنه رواه الدارقطني في « السنن » (٤/ ٢٢٨) .

وعن عائشة الصديقة رضي الله عنها رواه الطبراني في « الأوسط » (٢٧٠) و(١٠٣٧) ، والدارقطني في « السنن » (٤/ ٢٢٧) .

وعن أبي مالك القرظي رضي الله عنه رواه الطبراني في « الكبير » (١٣٧٨) .

وعن واسع بن حبان رضي الله عنه مرسلاً رواه أبو داود في « مراسيله » (٤٠٧) .

وعن جابر رضي الله عنه أورده الزيلعي في « نصب الراية » (٤/ ٣٨٦) ، وعزاه للطبراني في « المعجم الأوسط » .

ومن ألفاظه : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » ، و : « لا ضرر ولا ضرورة » ، و : « لا ضرر ولا ضرار ، ومن ضرَّ ضره الله ، ومن شقَّ شقَّ الله عليه » .

قال ابن الصلاح ـ كما في « جامع العلوم والحكم » ـ : هٰذا الحديث أسنده الدارقطني من وجوه ، ومجموعه يقوِّي الحديث ويحسنه ، وقد تقبله جماهير أهل العلم واحتجوا به . وقول أبي داود : إنَّه من الأحاديث التي يدور الفقه عليها يشعر بكونه غير ضعيف ، والله أعلم .

قال ابن عبد البر : الضرر والضرار بمعنىٰ واحد ، فيكون الجمع بينهما تأكيداً . وقيل : الضرر الاسم ، والضرار الفعل .

(١) **كيسه** : أي من جعبته وقوله ، وفي (م) : (كسبه) .

وإنْ أرادَ الراهنُ أنْ يغرسَ في الأرضِ المرهونةِ ، أو يبنيَ فيها . . لم يكنْ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّ ذٰلكَ ينقُصُ قيمتَها ، فإنْ خالفَ ، وغرسَ ، وبنىٰ . . لم يقلع ؛ لأنَّهُ قد يقضي الدَّينَ مِن غيرِ الأرضِ ، وربَّما وفَتْ قيمةُ الأرضِ بالدَّينِ ، فلا يجوزُ الإضرارُ بهِ لضررٍ متوَهَّمٍ في الثاني .

فإذا حلَّ الدَّينُ وفي الأرضِ ما غرسَهُ الراهنُ ، أو حَملَ إليها السَّيلُ غِراساً لَهُ ، فَنبتَ لَهُ ، فإنْ قضىٰ الراهنُ الدَّينَ مِن غيرِ الأرضِ . . فلا كلامَ . وإنْ لم يقضِهِ مِن غيرِ الأرضِ[1] . . نظرتَ :

فإنْ كانتْ قيمةُ الأرضِ وحدَها تفي بالدَّينِ . . بيعتِ الأرضُ في الدَّينِ ، ويبقىٰ الغِراسُ والبناءُ علىٰ ملكِ الراهنِ .

وإنْ كانتْ قيمةُ الأرضِ وحدَها لا تفي بالدَّينِ . . نظرتَ :

فإنْ لم تنقُصْ قيمتُها لأَجلِ الغِراسِ والبناءِ . . بيعتِ الأرضُ وحدَها ، وقُضيَ الدَّينُ مِنْ ثمنِها .

وإنْ كانتْ قيمةُ الأرضِ قدْ نقصَتْ لأجلِ الغراسِ والبناءِ ، بأنْ كانتْ قيمتُها وهيَ بيضاءُ[2] مِئةً ، فصارتْ قيمةُ الأَرضِ وحدَها بعدَ الغراسِ ثمانينَ ، نظرتَ :

فإنْ كانَ الراهنُ غيرَ محجورٍ عليهِ . . فهو بالخيارِ : بينَ أَنْ يَقلَعَ غِراسَهُ وبناءَهُ ، ويُسوِّيَ الأَرضَ كَمَا كانتْ ، وتُباعَ في حقِّ المرتَهِنِ ، وبينَ أَنْ يبيعَ الأَرضَ والغِراسَ والبناءَ ، ويُسلِّمَ إلىٰ المرتَهِنِ قيمةَ الأرضِ بيضاءَ وهيَ مِئةٌ ؛ لأنَّ قيمتَها نَقَصتْ بفعلِهِ .

وإنْ كانَ الراهنُ محجوراً عليهِ . . نظرتَ :

فإنْ لَمْ تَزِدْ قيمةُ الأَرضِ والغِراسِ ، بأَنْ كانتْ قيمةُ الأَرضِ بيضاءَ مِئةً ، وقيمةُ الغِراسِ خمسينَ ، فصارتْ قيمتُهما جميعاً مِئةً وخمسينَ . . بيعا جميعاً ، ودُفِعَ إلىٰ المرتَهِنِ قيمةُ الأَرضِ ، وإلىٰ سائرِ الغُرماءِ قيمةُ الغِراسِ .

---

(١) في نسخة : (الرهن) .
(٢) بيضاء : أي فارغة من الغراس .

وإنْ نَقصَتْ قيمةُ الأَرضِ بالغِراسِ ، بأَنْ صارتْ قيمتُها جميعاً مِئةً وثلاثينَ . . لَمْ يَجُزْ للراهنِ قَلْعُ الغِراسِ ؛ لأَنَّهُ تعلَّقَ بهِ حقُّ الغُرماءِ ، ولٰكنْ تُباعُ الأَرضُ والغِراسُ ، ويُدفعُ إِلىٰ المرتَهِنِ قيمةُ الأَرضِ بيضاءَ وهيَ مِئةٌ ، وإِلىٰ سائرِ الغُرماءِ ثلاثونَ .

وإنْ كانتْ قيمةُ الأَرضِ بيضاءَ مِئةً ، وقيمةُ الغِراسِ منفرداً خمسينَ ، فإذا جُمِعَ بينَهما ، صارتْ قيمتُهما مِئتينِ . . فقد حدثتِ الزيادةُ فيهما ، فيتعلَّقُ حقُّ المرتَهِنِ بثلثي الخمسينَ الزائدةِ ، وللراهنِ ثُلُثُها .

وإنْ تركَ في أَرضِهِ نَوىً ، ثُمَّ رَهَنَها ، ثُمَّ نَبَتَتْ نخلاً ، فإنْ علِمَ المرتَهِنُ بذٰلكَ . . فلا خيارَ لَهُ ؛ لأَنَّهُ رضيَ بارْتهانِ أَرضٍ ذاتِ نَخلٍ ، ولا يكونُ النخلُ داخلاً في الرهنِ[1] ، فإذا حلَّ الحقُّ ، وبيعتِ الأَرضُ . . كانَ للمرتَهِنِ قيمةُ الأَرضِ بيضاءَ ذاتِ نَخلٍ[2] . وإنْ لَمْ يَعلَمْ بها ، ثُمَّ عَلِمَ . . كانَ لَهُ الخيارُ ، فإنْ فسخَ . . فلا كلامَ ، وإنْ لَمْ يَفسخْ . . كانَ الحُكْمُ ما ذكرناهُ .

فرعٌ : [الانتفاع بالرهن] :

وإنْ أَرادَ الراهنُ أَنْ يؤجِّرَ الرهنَ إِلىٰ مدَّةٍ لا تنقضي إلاَّ بعدَ مَحِلِّ الدَّينِ :

فإنْ قلنا : لا يجوزُ بيعُ المستأجَرِ . . لَمْ يكنْ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يمنعُ مِنْ بيعِهِ .

وإن قُلنا : يجوزُ بيعُ المستأجَرِ . . ففيهِ طريقانِ :

[**أحدُهما**] : **قالَ عامَّةُ أصحابنا** : لا يجوزُ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يَنقُصُ مِنْ قيمتِهِ عندَ البيعِ .

و [**الثاني**] : قالَ أبو عليٍّ الطبريُّ : فيهِ قولانِ ، كالقولينِ في زراعةِ ما لا يُحصَدُ ، إلاَّ بعدَ مَحِلِّ الدَّينِ .

---

(١) أي : رهن الأرض ، وفي نسخة : (الأرض) .
(٢) أي : أن هذا هو المعتبر في حاله وإن صارت ذات نخل .

فرعٌ : [رهن فحل الضِّراب] :

وإنْ كانَ الرهنُ فَحلاً ، فأَرادَ الراهنُ أَنْ يُنزيَهُ[1] علىٰ بهائِمِهِ ، أو بهائمِ غيرِهِ . . قالَ الشافعيُّ : (جازَ ؛ لأنَّ هـٰذا مَنفعةٌ ، ولا يَنقُصُ بهِ كثيراً) . وإنْ كانَ أَتاناً ، وأرادَ أَنْ يُنزِيَ عليها الفحلَ ، فإنْ كانتْ تَلِدُ قبلَ حلولِ الدَّينِ ، أَو معَ حلولِ الدَّينِ . . جازَ ؛ لأنَّهُ ٱستيفاءُ منفعةٍ لا ضررَ علىٰ المرتَهِنِ بها . وإنْ كانتْ لا تَضعُ إلاّ بعدَ حلولِ الدَّينِ . . فإن قُلنا : لا حُكْمَ للحَمْلِ . . كانَ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّ الحقَّ إذا حلَّ وهيَ حاملٌ . . صحَّ بيعُها ، وحَمْلُها يدخلُ في البيعِ . وإن قُلنا : للحَملِ حُكْمٌ . . لَمْ يكنْ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّ الحملَ لا يدخلُ في الرهنِ ، ولا يمكنُ بيعُها دونَ الحَمْلِ . هٰكذا ذَكَرَ الشيخُ أَبو حامدٍ في « التعليقِ » مِنْ غيرِ تفصيلٍ .

وذكرَ الشيخُ أَبو إسحاقَ في « المهذَّبِ » وٱبنُ الصبّاغِ : أَنَّ القولينِ إذا كانَ الحَمْلُ يَظهرُ بها قبلَ حلولِ الدَّينِ ، فأمَّا إذا كانَ الحَمْلُ لا يظهرُ بها قبلَ مَحِلِّ الدَّينِ . . جازَ ؛ لأَنَّهُ يُمكنُ بيعُها في الدَّينِ . ولعلَّ الشيخَ أَبا حامدٍ أَرادَ بإطلاقِهِ هـٰذا .

مسألةٌ : [تصرف المرتَهن بما فيه منفعة] :

ويَملِكُ الراهنُ التصرُّفَ في عينِ الرهنِ بما لا ضررَ فيهِ علىٰ المرتَهِنِ ، كحِجامةِ العبدِ وفَصْدِهِ ؛ لأنَّهُ إصلاحٌ لمالِهِ ، ولا ضررَ فيهِ علىٰ المرتَهِنِ . وإنْ مَرِضَ ، فأرادَ مُداواتَهُ بدواءٍ لا ضَرَرَ فيهِ ، وإنَّما يُرجىٰ نفعُهُ . . لَمْ يكنْ للمرتَهِنِ منعُهُ ، ولا يُجبَرُ علىٰ ذٰلكَ ؛ لأنَّ الشفاءَ قدْ يأتي مِنْ غيرِ دواءٍ .

وإنْ أرادَ الراهنُ أَنْ يقطعَ شيئاً مِنْ بدنِهِ ، فإنْ كانَ في قطعِهِ منفعةٌ ، وفي تركِ قطعهِ خوفٌ عليهِ ، مثلُ : الآكلةِ إذا كانتْ في يدِهِ . . فإنَّ للراهنِ أَنْ يقطعَ ذٰلكَ بغيرِ إذنِ المرتَهِن ؛ لأنَّ في قطع ذٰلكَ مصلحةٌ مِنْ غيرِ خوفٍ ؛ لأنَّهُ لَحمٌ ميِّتٌ ، [و] لا يُحَسُّ

---

(١) النزاء ـ مثل : كتاب وغراب ـ يقال ذٰلكَ في الحيوان ذي الحافر والظلف والسباع ، يتعدّىٰ بالهمزة والتضعيف ، فيقال : أنزاه صاحبه ونزَّاه تنزية . ونزا الفحل نزواً ونزواناً : وثب علىٰ ظهر البهيمة للضراب والتلقيح .

بلَحمٍ ميِّتٍ . وإِنْ كانَ يُخافُ مِنْ قطعِهِ ، ويُخافُ مِنْ تركِهِ . . ففيهِ وجهانِ :

أحدُهما ـ ولَمْ يَذكرِ الشيخانِ غيرَهُ ـ : أنَّهُ لا يجوزُ إلاَّ بإذنِ الراهنِ والمرتَهِنِ ؛ لأنَّهُ يُخافُ عليهِ مِنْ قطعهِ ، فلَمْ يَجُزْ ، كما لو لَمْ يُخفْ عليهِ من تركِهِ .

والثاني ـ حكاهُ ٱبنُ الصبّاغِ عنْ أَبي عليٍّ الطبريِّ ـ : أنَّ لَهُ أَنْ يَفعَلَهُ ، إلاَّ أنْ يُخافَ منهُ التلَفُ غالباً ، وهوَ ٱختيارُ القاضي أَبي الطيِّب ؛ لأنَّ المنفعةَ بذٰلكَ إذا كانَتْ هي الغالبةُ . . كانَ فيهِ صلاحٌ ، كالمتيقَّنِ . وإِنْ كانتْ بهِ سِلْعةٌ[١] أَو أُصبُعٌ زائدةٌ أَو ضِرسٌ زائدٌ ، وأَرادَ قطعَهُ . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : لَمْ يكنْ لَهُ قطعُهُ وإِنْ تراضيا ؛ لأنَّهُ لا يُخافُ مِنْ تركهِ ، ويُخافُ مِنْ قطعهِ ، ولهٰذا : لو أَرادَ الحُرُّ قطعَ ذٰلكَ مِنْ نفسِهِ . . لَمْ يكنْ لَهُ ذٰلكَ . وقالَ ٱبنُ الصبّاغِ : هٰذا مِمّا لا يُخافُ مِنْ قطعِهِ غالباً ، فيكونُ علىٰ الوجهينِ .

وإِنْ كانَ العبدُ صغيراً ، وأَرادَ الراهنُ أَنْ يَختِنَهُ . . قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (لَهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّهُ سُنَّةٌ ، وزيادةٌ) . وأَطلقَ هٰذا .

قالَ أَصحابُنا : يُنظَرُ فيهِ : فإِنْ كانَ الحقُّ حالاً أَو مؤجَّلاً بحيثُ يَحِلُّ قبلَ أَنْ يَبرأَ . . لَمْ يكنْ لَهُ أَنْ يَختِنَهُ ؛ لأنَّهُ بالخِتانِ يتغيَّرُ لونُهُ وسَجيَّتُهُ[٢] . وإِنْ كانَ الخِتانُ يَبرأُ قبلَ حلولِ الحقِّ . . كانَ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّهُ سُنَّةٌ ، ويَزيدُ في قيمةِ العبدِ .

وإِنْ كانَ الرهنُ دابَّةً ، فٱحتاجتْ إِلىٰ التَّوديجِ[٣] ، وهو : فتحُ عِرقينِ عريضينِ عَنْ يمينِ ثُغرةِ النحرِ ويسارِها يُسمَّيانِ : الوريدينِ[٤] ، أَو إِلىٰ التَبزيغِ[٥] وهو : فتحُ

---

(١) **السِّلْعة** : زيادة ، كخُرّاج ، تحدث في البدن كالغدة ، تتحرَّك إذا حُرِّكت ، تكون كالحِمِّصة فما فوق .

(٢) **السجيّة** : الخُلق والطبيعة والغريزة ، يجمع علىٰ : سجايا ، مثل : عطية وعطايا .

(٣) **التوديج** ـ مأخوذ من الوَدِجين ، وهما العرقان اللذان يكتنفان العنق ـ : مثل الفصد للإنسان ، وتكون خاصة في عروق ، كالأكحل والصافن والأبجل ، فيقال : ودَج دابته توديجاً : إذا جرحها منه حتىٰ يسيل الدم .

(٤) **الوريد** : عرق يحمل الدم الأزرق من الجسد إلىٰ القلب ، ويطلق علىٰ عرق بجنب الوَدج ، ينبط أبداً من الحيوان ، وهو من الأوردة التي فيها الحياة .

(٥) **التبزيغ** : هو النقب عن الرهصة في الحافر . يقال : بزَّغ البيطار الرهصة وبزغها ، قال الطِّرِمّاح : =

الرّهصةِ[1] ، و (التبزيغ) : الشّقُّ . ولهٰذا يقالُ : بَزغَتِ الشمسُ : إذا طَلَعتْ . . فللراهنِ أَنْ يفعلَ ذٰلكَ بغيرِ إذنِ المرتَهِنِ ؛ لأنَّ فيهِ مصلحةً مِنْ غيرِ ضررٍ .

وإنْ أَرادَ المرتَهِنُ أَنْ يفعلَ شيئاً مِنْ هٰذا بغيرِ إذنِ الراهنِ . . قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (فكلُّ ما كانَ فيهِ مصلحةٌ ، ولا يتضمّنُ المضرّةَ أَصلاً . . جازَ أَنْ يفعلَهُ ، مِثلُ : تدهينِ الماشيةِ الجَرْباءِ بالقَطِرانِ ، وغيرِ ذٰلكَ مِمّا فيهِ منفعةٌ مِنْ غيرِ مضرّةٍ . وأَمّا ما[2] كانَ فيهِ منفعةٌ ، وقدْ يضرُّ أَيضاً ، كالفَصدِ ، والحجامةِ ، وشُربِ الدواءِ ، وغيرِ ذٰلكَ ، فكلُّ هٰذا قَدْ ينفعُ وقَدْ يضرُّ أَيضاً ؛ لأَنَّهُ قَدْ لا يوافِقُ . . فليسَ لَهُ ذٰلكَ .

وللراهنِ أَنْ يفعلَ ما يَتضمَّنُ المنفعةَ والضررَ مِنْ هٰذهِ الأَشياءِ بغيرِ إذنِ المرتَهِنِ ، بخلافِ المرتَهِنِ ، فإنَّهُ لا يفعلُ شيئاً من ذٰلكَ إلا بإذن الراهن) .

قالَ الشيخُ أبو حامدٍ في « التعليق » : وهٰذهِ المسألةُ غريبةٌ .

فرعٌ : [رهن الماشية] :

إذا كانَ الرهنُ ماشيةً . . فللراهنِ أَنْ يرعىٰ ماشيتَهُ ، وليسَ للمرتَهِنِ منعُهُ مِنْ ذٰلكَ ؛ لأَنَّها تأوي بالليلِ إلىٰ يدِ الموضوعةِ علىٰ يدِهِ . وإنْ أَرادَ الراهنُ أَنْ ينتجعَ[3] بِها ، وهو : أَنْ يَحملَها إلىٰ غيرِ ذٰلكَ الموضعِ ليطلبَ الكلأَ ، فإنِ ٱتّفقا عليهِ . . جازَ . وَإنِ ٱمتنعَ أحدُهما . . نظرتَ :

= يُساقطها تَترىٰ بكلِّ خميلةٍ كبزغِ ٱلبيطرِ ٱلثقفِ رهْصَ ٱلكَوادنِ
البزغ : الشرط ، وبزغَ الدمَ : أساله ، والحديدة المستعملة فيه تسمىٰ : مبزغ ومبضع . البيطر : معالج الدواب . الكوادن : البراذين . والبيت في « ديوان الطرماح » (ص/ ١٧٢) ، وذكره الأزهري في « تهذيب اللغة » (٨/ ٥٤) و « الزاهر » (ص/ ٣٢١) .

(١) الرهصة ـ مثل : الوقرة ، يجمع علىٰ رهص ـ : هي مداواة حافر الدابة من حجر تطؤه فيدخل في ظلفها أو حافرها ، وتقال : لنزول الماء في الحافر . اهـ من « الزاهر » (ص/ ٣٢١ ـ ٣٢٢) .

(٢) في (م) : (إذا) .

(٣) الانتجاع : المذهب في طلب الكلأ ، والمنجع : الموضع يقصد لما فيه من ماء وكلأ ، ومنه في المثل : (من أجدب ٱنتجع) .

فإِنْ كانَ الموضعُ مُخصِباً[(١)] كما كانَ . . لَمْ يُجبَرِ الممتنعُ ؛ لأَنَّ المرتَهِنَ يقولُ : إِنَّما ٱرتهنتُها في هـٰذهِ البلدِ ، فليسَ لكَ أَنْ تَنقلَها منهُ إِلىٰ بلدٍ آخرَ بغيرِ ضرورةٍ .

وإِنْ كانَ الموضعُ مُجْدِباً ، فإِنِ ٱتَّفقا علىٰ النّجعةِ والمكانِ . . جازَ ؛ لأَنَّ الحقَّ لهما ، وقد رَضيا . وإِنِ ٱتَّفقا علىٰ النّجعةِ ، وٱختلفا في المكانِ ، قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وكانَ المكانانِ متساويينِ في الخِصبِ والأَمْنِ . . قُدِّمَ قولُ الراهنِ ؛ لأَنَّهُ هو المالكُ للرَّقبةِ . وإِنِ ٱختلفا في النّجعةِ . . أُجبِرَ الممتنعُ منهما مِنَ النّجعةِ عليها ؛ لأَنَّ المرتَهِنَ إِنْ كانَ هو الممتنعُ . . قيلَ لَهُ : ليسَ لكَ ذٰلكَ ؛ لأَنَّكَ تضرُّ بالماشيةِ ، فإِمّا أَنْ تخرجَ معها ، أَو ترضىٰ بعدلٍ مِنْ قِبَلِكَ تأْوي إِليهِ ، وإِلاَّ نَصَبَ الحاكمُ عَدْلاً مِنْ قِبَلِهِ عليها . وإِنْ كانَ الممتنعُ هو الراهنُ . . قيلَ لَهُ : ليسَ لكَ ذٰلكَ ؛ لأَنَّكَ تضرُّ بالمرتَهِنِ ، فإِمّا أَنْ تخرجَ معَها ، أَو توكِّلَ مَنْ يأْخذُ رِسْلَها ، وهوَ : لَبنُها[(٢)] ، ويرعاها ، ويحفظها .

فرعٌ : [ٱرتهن نخلاً فله تأبيرها] :

وإِنْ كانَ الرهنُ نخلاً ، فأَطلَعَتْ[(٣)] . . كانَ للراهنِ تأبيرُها مِنْ غيرِ إِذنِ المرتهنِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ مصلحةٌ لمالِهِ مِنْ غيرِ ضررٍ ، وما يحصلُ مِنَ السَّعَفِ[(٤)] الذي يقطعُ كلَّ سَنةٍ ، أَو الليفِ[(٥)] . . فهوَ للراهنِ ، لا يدخلُ في الرهنِ ؛ لأَنَّهُ يُقطَعُ في كلِّ سَنةٍ ، فهو كالثمرةِ . فإِنْ قيلَ : هـٰذا قد تناولَهُ عقدُ الرهنِ ، وليسَ بحادثٍ ؟

---

(١) **الخِصب** ـ وزان حمل ـ : النماء والبركة ، وخلاف الجدب . والخِصبة : التي قد غيثت فأمرعتْ ، ومنه المثل : (من أخصب تخيَّر) .

(٢) ويطلق الرِّسل أيضاً علىٰ الرخاء ، ومنه الحديث : « إلا من أعطىٰ في نجدتها ورسلها » .

(٣) **أطلَعَت ـ الطَّلع ـ** : ما يخرج من كِمام النخلة ، ثم يصير ثمراً إن كانت أنثىٰ بعد تلقيحها ، وإن كانت ذكراً . . لم يصر ثمراً ، بل يؤكل طرياً ، ويترك علىٰ النخلة أياماً معدودة حتىٰ يصير فيهِ شيء أبيض مثل الدقيق ، وله رائحة ذكية يلقح به الإناث .

(٤) **السَّعَفة** : غصن النخل ما دام بالخوص ، فإن أزيل عنه . . قيل : جريد .

(٥) **الليف** : قشر النخل الذي يجاور السعف ، الواحدة : ليفة ، ومنه كان حشو وسادة للنبي ﷺ .

فالجوابُ : أنَّ ما يحدثُ مِنَ السَّعَفِ يقومُ مقامَهُ ، فصارَ هٰذا بمنزلةِ المنفعةِ خارجاً عَنِ الأُصولِ .

فإنْ خرجتِ الفُسْلانُ[1] في أصلِ النخلِ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فعندي : أنَّ ذٰلكَ يكونُ للراهنِ ، لا حقَّ للمرتهِنِ فيهِ ؛ لأنَّهُ يخرجُ عَنِ الأُصولِ ، فهوَ كالولدِ .

فإنِ ٱزدحمتِ النخلُ أو الشجرُ ، فأرادَ الراهنُ أنْ يحوِّلَ بعضَها إلىٰ بعضِ أرضِ الرهنِ ، وكانَ في تحويلِها مصلحةٌ للباقي . . قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (كانَ لَهُ ذٰلكَ) ؛ لأنَّ النخلَ إذا ٱزدحمتْ قتلَ بعضُها بعضاً ، فإنْ حوَّلَها ، فنبتَتْ . . كانتْ رهناً . وإنْ جفَّ منها شيءٌ . . كانتْ أخشابُها رَهناً ، وإنْ لم يكُنْ في أرضِ الرهنِ ما يُمكِنُ تحويلُها إليهِ ، وأرادَ الراهنُ قطعَ بعضِها ، وفي ذٰلكَ زيادةٌ للباقي . . كانَ للراهنِ أنْ يفعلَ ذٰلكَ بغيرِ إذنِ المرتَهِنِ ، كما قلنا في التحويلِ ، فإذا قُطعتْ . . كانتْ أخشابُها رهناً . وإنْ أرادَ الراهنُ تحويلَ بعضِها إلىٰ أرضٍ غيرِ الأرضِ المرهونةِ ، أو أرادَ تحويلَ جميعِها إلىٰ الأرضِ المرهونةِ ، أو قطعَ جميعِها . . لم يكُن لَهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّ ذٰلكَ ضررٌ مِنْ غيرِ منفعةٍ .

فرعٌ : [المرتَهِن يحوِّل المساقي] :

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (فإنْ أرادَ الراهنُ تحويلَ المَساقي[2] ، فإنْ كانَ يضرُّ بالرهنِ . . لم يكُن لَهُ ذٰلكَ) .

قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : والمَساقي ، جمعُ : مَسْقىٰ ، وهو : الإجّانةُ التي تكونُ حولَ النخلِ ، يقِفُ الماءُ فيها ليشربَهُ النخلُ ، فإذا أرادَ أنْ يُحوِّلَها الراهنُ مِنْ جانبٍ إلىٰ جانبٍ ، فإنْ لم يكُن فيهِ ضررٌ علىٰ النخلِ . . جازَ لَهُ ذٰلكَ . وإنْ كانَ فيهِ ضررٌ علىٰ النخلِ . . لم يجُزْ لَهُ ذٰلكَ .

---

(١) **الفُسلان** ـ جمع فَسيلة ـ : وهي الوَدِيُّ : صغار النخل التي تقطع من النخلة ، أو تقلع من جوانب الجذع ، فتغرس .

(٢) **المَساقي** ـ جمع مِسقاة ـ : قناة يسقي منها الزرع والحيوان . والمَسقاة : موضع الشرب . والسِّقاء : يكون للبن والماء .

قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : فأمّا المرتَهِنُ إذا أرادَ أنْ يفعلَ ذٰلكَ . . لم يكنْ لَهُ ؛ لأنَّهُ يتصرَّفُ في مِلكِ الراهنِ ، ولا يجوزُ لَهُ التصرُّفُ في مِلكِ غيرِهِ ، وليسَ هٰذا كتدهينِ الجرباءِ مِنَ الماشيةِ بالدُّهنِ والقَطِرانِ ؛ لأنَّ في التدهينِ بذٰلكَ منفعةً مِنْ غيرِ مضرَّةٍ ، فوِزَانُهُ مِنَ النخلِ : إنِ ٱحتاجَ إلىٰ سَقْيٍ . . فللمرتَهِنِ أنْ يسقيَ النخلَ بغيرِ إذنِ الراهنِ ؛ لأنَّ فيهِ منفعةً مِنْ غيرِ مضرَّةٍ .

مسألةٌ : [أزالَ مالك الرهن ملكه عنه] :

وإنْ أزالَ الراهنُ مِلْكَهُ عَنِ الرهنِ بغيرِ إذنِ المرتَهِنِ . . نظرتَ :

فإنْ كانَ ببيعٍ ، أو هبةٍ ، وما أشبهَهُما مِنَ التصرُّفاتِ . . لم يَصِحَّ ؛ لقولِهِ ﷺ : « لا ضَرَرَ ولا إضْرَارَ » . وفي هٰذهِ التصرُّفاتِ إضرارٌ علىٰ المرتَهِنِ ، ولأنَّهُ تصرُّفٌ لا يسري إلىٰ مِلْكِ الغيرِ[1] يبطُلُ بهِ حقُّ المرتَهِنِ مِنَ الوثيقةِ[2] ، فلم يَصِحَّ مِنَ الراهنِ بغيرِ إذنِ المرتَهِنِ ، كالفسخِ .

فقولنا : (لا يسري إلىٰ ملكِ الغيرِ) ٱحترازٌ مِنَ العتقِ .

وقولنا : (يبطُلُ بهِ حقُّ المرتَهِنِ مِن الوثيقةِ) ٱحترازٌ مِنْ إجارتِهِ وإعارتِهِ للانتفاعِ بهِ .

وقولنا : (بغيرِ إذنِ المرتَهِنِ) ٱحترازٌ منهُ إذا أذِنَ .

وإنْ كانَ الرهنُ رقيقاً ، فأعتقَهُ الراهنُ بغيرِ إذنِ المرتَهِنِ . . فقد قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ في « الأُمِّ » : (إنْ كانَ مُوسراً . . نَفَذَ عِتْقُهُ ، وإنْ كانَ مُعْسراً . . فعلىٰ قولينِ) .

وقالَ في **القديم** : (قالَ عطاءٌ : لا ينفُذُ عِتْقُهُ ، مُوسِراً كانَ أو مُعسِراً) . ولهٰذا وجهٌ . ثمَّ قالَ : (قالَ بعضُ أصحابنا : ينفُذُ إنْ كانَ مُوسِراً ، ولا ينفُذُ إنْ كانَ

---

(١) أي : بالبيع ونحوه ؛ لأنَّهُ تحت يد المرتهن ، فإن نزع الرهن . . فلا وثيقة للمرتهن .

(٢) **الوثيقة** : ما يُحكَم به الأمر ، والصكّ بالدين ، ومنه الرهن ، فإن سلَّمَ الراهن الرهن . . بقي المرتهن بلا وثيقة يحفظ بها حقَّه .

مُعسِراً) . وٱختلفَ أصحابُنا في ترتيبِ المذهبِ فيها :

فقالَ أبو عليٍّ الطبريُّ ، وٱبنُ القطّانِ : في المسألةِ ثلاثةُ أقوالٍ :

أحدُها : ينفُذُ إعتاقُهُ ، مُوسِراً كانَ أو مُعسِراً .

والثاني : لا ينفُذُ إعتاقُهُ ، مُوسِراً كانَ أو مُعسِراً .

والثالثُ : إِنْ كانَ مُوسراً . . نَفَذَ ، وإِنْ كانَ مُعسِراً . . لم يَنفُذْ . وهـٰذهِ الطريقةُ ٱختيارُ الشيخِ أبي إِسحاقَ ، وٱبنِ الصبّاغِ .

وقالَ أَبو إِسحاقَ المَرْوزيُّ : القولانِ في المُوسِرِ ، وأَمّا المُعسِرُ : فمرتَّبٌ علىٰ الموسِرِ ، فإِن قُلنا : إِنَّ عِتقَ الموسِرِ لا ينفُذُ . . فالمُعسِرُ أولىٰ أَنْ لا ينفُذَ عِتْقُهُ . وإِن قُلنا : عِتقُ المُوسِرِ ينفُذُ . . ففي عِتقِ المعسِرِ قولانِ .

وقالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : في عِتقِ الموسِرِ والمعسِرِ قولانِ ، وما حكاهُ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ مِنَ الفرقِ بينَ الموسِرِ والمُعسِرِ . . فإِنَّما حكىٰ قولَ غيرِهِ ، ولم يَختَرْهُ لنفسِهِ . قالَ : وترتيبُ أبي إِسحاقَ ليسَ بشيءٍ . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : إِلاّ أَنَّ الصحيحَ مِنَ القولينِ في الموسِرِ : أَنَّ عِتْقَهُ ينفُذُ ، والصحيحُ مِنَ القولينِ في المُعسِرِ : أَنَّهُ لا ينفُذُ عِتقُهُ .

فإِذا قلنا : إِنَّ عِتْقَهُ يَصِحُّ موسِراً كانَ أو معسِراً ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ، وأحمدُ رحمةُ اللهِ عليهما . . **فوجهُهُ** : قولُهُ ﷺ : « لا طَلاَقَ إِلاّ في نكاحٍ ، ولا عِتْقَ إِلاّ فيما يَملِكُهُ ٱبنُ آدمَ »[1] . وهـٰذا يَملِكُهُ ، ولأَنَّ الرهنَ محبوسٌ علىٰ ٱستيفاءِ حقٍّ ، فجازَ أَنْ

---

(١) أخرجه عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أبو داود (٢١٩٠) ، والترمذي (١١٨١) ، ومختصراً ابن ماجه (٢٠٤٧) في الطلاق . قال الترمذي : حسن صحيح . وفي الباب :

عن علي رضي الله عنه رواه ابن ماجه (٢٠٤٩) مختصراً . قال في « الزوائد » : إسناده ضعيف ؛ لاتفاقهم علىٰ ضعف جويبر بن سعيد .

وعن المسور رضي الله عنه رواه ابن ماجه (٢٠٤٨) بنحوه . قالَ في « الزوائد » : إسناده حسن .

وعن ابن عباس رضي الله عنهما رواه الدارقطني في « السنن » (٤/ ١٦) في الطلاق . وفي إسناده ضعف .

يلحَقَهُ عِتقُ المالكِ ، كالمشتري إِذا أعتقَ العبدَ المبيعَ في يدِ البائعِ قبلَ أنْ ينقدَ الثمنَ ، ولأنَّ الرهنَ عقدٌ لا يُزيلُ المِلكَ ، فلم يمنع صِحَّةَ العِتقِ ، كالإِجارةِ والنكاحِ ، وفيهِ ٱحترازٌ مِنَ البيعِ والهبةِ .

فعلىٰ هـٰذا : إنْ كانَ موسِراً . . أُخِذَت مِنَ الراهنِ قيمةُ الرهنِ عندَ الحُكْمِ بعتقِهِ ، وجُعِلَتْ رهناً مكانَهُ ، ولا يَفتقِرُ إِلىٰ تجديدِ عقدِ الرهنِ علىٰ القيمةِ ؛ لأَنَّها قائمةٌ مقامَ الرهنِ . وإنْ كانَ مُعسِراً . . وجَبتِ القيمةُ في ذمَّتِهِ ، فإنْ أيسَرَ قبلَ مَحِلِّ الدَّينِ . . أُخِذَتْ منهُ القيمةُ ، وجُعِلَتْ رهناً ، إلاّ أنْ يختارَ تعجيلَ الدَّينِ ، فلهُ ذٰلكَ . وإنْ لم يُوسِرْ إلاّ بعدَ مَحِلِّ الدَّينِ . . طولِبَ بقضاءِ الدَّينِ . ومتىٰ يُحكَمُ بالعِتقِ ؟ فيهِ طريقانِ :

[**الطريقُ الأوَّلُ**] : مِن أصحابنا مَن قالَ : فيهِ ثلاثةُ أقوالٍ :

أحدُها : يَعتِقُ بلفظِ الإِعتاقِ .

والثاني : لا يعتِقُ إلاّ بدفعِ القيمةِ .

والثالثُ : أنَّهُ موقوفٌ ، فإنْ دفعَ القيمةَ . . عَلِمنا أنَّهُ قد كانَ عَتَقَ بلفظِ الإِعتاقِ ، وإنْ لم يدفعِ القيمةَ . . عَلِمنا أنَّهُ لم يعتقْ ، كما لو أعتَقَ المُوسِرُ شِقصاً لَهُ مِن عبدٍ . . فإنَّ نصيبَ شريكِهِ يعتِقُ عليهِ ، ومتىٰ يَعتِقُ ؟ علىٰ هـٰذهِ الأقوالِ .

و [**الطريقُ الثاني**] : منهم مَن قالَ : يعتِقُ بلفظِ العِتقِ ، قولاً واحداً ، **وهو الصحيحُ** ؛ لأنَّهُ لو كانَ كعِتقِ الشِّقْصِ . . لم ينفُذْ عِتْقُ المعسِرِ ، كما لا يعتِقُ نصيبُ الشريكِ مِنَ المعسِرِ .

وإذا قلنا : لا ينفُذُ إعتاقُهُ موسراً كانَ أو مُعسِراً . . **فوجهُهُ** : أَنَّ العِتقَ معنىً تبطُلُ بهِ الوثيقةُ مِن غيرِ الرهنِ ، فلم يَصِحَّ مِنَ الراهنِ بنفسِهِ ، كالبيعِ ، ولأَنَّ حقَّ المرتَهِنِ متعلِّقٌ بمحَلَّينِ : ذمَّةِ الراهنِ ، وعينِ الرهنِ . ولو أرادَ الراهنُ أنْ يُحوِّلَ الحقَّ مِنْ ذمَّتِهِ إلىٰ ذمَّةِ غيرِهِ . . لم يَصِحَّ بغيرِ رضا المرتَهِنِ ، وكذٰلكَ إذا أرادَ تحويلَ حقِّهِ مِن عينِ الرهنِ إلىٰ غيرِهِ .

فعلىٰ هـٰذا : يكونُ الرهنُ بحالِهِ . وإذا حلَّ الحقُّ ، وبيعَ العبدُ في الدَّينِ . . صحَّ البيعُ .

وإنْ قضىٰ الراهنُ الدَّينَ مِن غيرِ الرهنِ ، أو أبرأَهُ المرتَهِنُ ، أو بِيعَ في الدَّينِ ، ثمَّ رَجَعَ إلىٰ الراهنِ ببيعٍ ، أو هبةٍ ، أو إرثٍ . . فهل ينفُذُ عِتقُهُ الأوَّلُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : ينفُذُ ، وبهِ قالَ مالكٌ رحمةُ اللهِ عليهِ ؛ لأنّا إنّما لم نحكمْ بصِحَّتِهِ ؛ لحقِّ المرتَهِنِ ، وقد زالَ حقُّ المرتَهِنِ ، فوجبَ أنْ يُحكَمَ بصِحَّتِهِ ، كالإحبالِ .

والثاني وهو المذهبُ : أنَّهُ لا ينفُذُ ؛ لأنَّهُ عِتقٌ لم يَصِحَّ حالَ الإعتاقِ ، فلم يَصِحَّ فيما بَعْدُ ، كالمحجورِ عليهِ إذا أعتَقَ عبدَهُ ، ثمَّ فُكَّ عنهُ الحَجْرُ ، ويُخالفُ الإحبالَ ، فإنَّهُ أقوىٰ ، ولهٰذا نَفَذَ إحبالُ المجنونِ ، ولم ينفُذْ عِتْقُهُ .

وإذا قلنا : ينفُذُ إعتاقُ الموسِرِ ، ولا ينفُذُ إعتاقُ المعسِرِ . . **فوجهُهُ** : أنَّهُ عِتقٌ في مِلكِهِ يبطُلُ بهِ حقُّ الغيرِ ، فآختلفَ فيهِ المُوسِرُ والمعسِرُ ، كالعِتقِ في العبدِ المشتركِ ، ولأنَّهُ لا ضررَ علىٰ المرتَهِنِ في إعتاقِ الموسِرِ ، فصحَّ ، وعليهِ ضررٌ في إعتاقِ المعسِرِ ، فلم يَصِحَّ ، كما قلنا في العبدِ المأذونِ لَهُ في التجارةِ ، إذا كانَ في يدِهِ عبدٌ ، فأعتقَهُ سيِّدُ المأذونِ ، فإنْ كانَ لا دينَ علىٰ المأذونِ لَهُ . . نفَذَ عِتْقُ السيِّدِ في العبدِ ، وإنْ كانَ عليهِ دينٌ . . لم ينفُذْ .

فعلىٰ هٰذا : إنْ كانَ الراهنُ موسِراً . . أُخِذَتْ منهُ القيمةُ ، وجُعِلَتْ رهناً ، وتُعتبرُ القيمةُ وقتَ العِتقِ . ومتىٰ يعتقُ ؟ **الذي يقتضي المذهبُ** : أنَّهُ علىٰ الأقوالِ الثلاثةِ في عِتْقِ نصيبِ الشريكِ . وإنْ كانَ المعتِقُ مُعْسِراً . . فالرهنُ بحالِهِ ، فإنْ أيسرَ قبلَ مَحِلِّ الدَّينِ ، أو قضىٰ الدَّينَ عنهُ أجنبيٌّ ، أو أبرأَهُ المرتَهِنُ ، أو بِيعَ العبدُ في الدَّينِ ، ثمَّ رجَعَ إلىٰ الراهنِ ببيعٍ ، أو هبةٍ ، أو إرثٍ . . فهلْ يعتِقُ عليهِ بإعتاقِهِ الأوَّلِ ؟ ينبغي أنْ يكونَ علىٰ الوجهينِ إذ قلنا : لا ينفُذُ عِتْقُهُ بحالٍ .

مسألةٌ : [جواز رهن الجارية الموطوءة] :

وإنْ كانَ لَهُ جاريةٌ ، فوطِئها ، ثمَّ رَهنَها . . صحَّ الرهنُ ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ الحَملِ ، فلم يمنعْ صِحَّةَ الرهنِ . وهٰكذا : لو رهنَها ، ثمَّ وَطِئها ، ثمَّ أقبضَها عنِ الرهنِ . . صحَّ الإقباضُ ؛ لأنَّ الرهنَ قبلَ القبضِ غيرُ لازمٍ ، فهو كما لو وطِئَها ، ثمَّ رهنَها . فإنْ ولدتْ بعدَ الإقباضِ . . نظرتَ :

فإنْ ولدتْ لدونِ ستَّةِ أشهرٍ مِنْ وقتِ الوطءِ . . لم يُلحَقِ الولدُ بالراهنِ ، ولم يبطُلِ الرهنُ في الأُمِّ ؛ لأنَّها لم تَصِرْ أُمَّ ولدٍ لَهُ ، وكانَ الولدُ مملوكاً .

وإنْ وضعتِ الولدَ لستَّةِ أشهرٍ مِن وقتِ الوطءِ . . نظرتَ :

فإنِ اعترَفَ الراهنُ عندَ تسليمِها : أنَّهُ كانَ قدْ وَطِئَها ، ولَمْ يَستبرِئْها . . صارتْ أُمَّ ولدٍ لَهُ ، وثبتَ نسبُ الولدِ منهُ ، ويَبطُلُ الرهنُ فيها ؛ لأنَّهُ بانَ أنَّهُ رَهَنَها بعدَ أَنْ صارتْ أَمَّ ولدٍ . وهل يثبتُ للمرتَهِن الخيارُ في البيعِ إنْ كانَ رَهنُها مشروطاً في البيعِ ؟ فيهِ وجهانِ :

[أحدُهما] : قالَ القاضي أبو الطيِّبِ : لا خيارَ لَهُ . وحكاهُ ابنُ الصبّاغِ عَنِ الشيخِ أَبي حامدٍ ؛ لأنَّهُ قَبَضَها مع الرِّضا بالوَطءِ ، فصارَ بمنزلةِ رضاهُ بالعيبِ .

والثاني ـ ذكرَهُ الشيخُ أبو حامدٍ في « التعليق » ، وهو قولُ ابنِ الصبّاغِ ـ : أنَّ لَهُ الخيارَ ؛ لأنَّهُ باعَ بشرطِ أنْ يَتسلَّمَ رَهناً صحيحاً ، ولَمْ يُسلَّمْ لَهُ ذٰلكَ ، ولأنَّا إذا جعلنا الأَصلَ عدمَ الحَمْلِ ، وصحَّحْنا عقدَ الرهنِ . . لَمْ يكنْ رضا المرتَهِنِ بقبضِ الموطوءةِ رضاً بالحَمْلِ ، فثَبتَ لَهُ الخيارُ .

وإنْ وضعتْهُ لأَكثرَ مِنْ ستَّةِ أَشهرٍ ، ولأَربعِ سنينَ فما دونَها مِنْ وقتِ الوطءِ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما في « الإبانة » [ق/ ٢٦٣ـ٢٦٤] :

أحدُهما ـ وهو قولُ البغداديِّينَ مِنْ أصحابنا ـ : أنَّها كالأُولىٰ ؛ لأنّا نَتبيَّنُ أنَّ الولدَ كانَ موجوداً وقتَ الإقباضِ ، فَيُلحَقُ النَّسَبُ بالراهنِ ، وتصيرُ أُمَّ ولدٍ لَهُ ، ويَبطُلُ الرهنُ .

والثاني : لا يَبطُلُ الرهنُ ؛ لأنَّ النسبَ يَثبتُ بالاحتمالِ ، ولا يبطُلُ الرهنُ بالاحتمالِ .

وإنْ وضَعتِ الولدَ لأَكثرَ مِنْ أَربعِ سنينَ مِنْ وقتِ الوَطءِ . . لَمْ يُلحَقْ نسبُهُ بالراهنِ ، ولَمْ تَصِرِ الجاريةُ أُمَّ ولدٍ لَهُ ، ولا يَبطُلُ الرهنُ ؛ لأنّا نعلمُ أنَّ هٰذا الولدَ حَدَثَ مِنْ وطءٍ بعدَ الرهنِ .

وإنْ ولدَتْ لستَّةِ أَشهرٍ مِنْ وقتِ الإقباضِ ، فقالَ الراهنُ عندَ ذٰلكَ : كنتُ وَطِئتُها قبلَ الإقباضِ . . فهل يُقبلُ قولُهُ ؟ فيهِ قولانِ ، كما لو رَهَنَ عبداً ، وأَقبضَهُ ، ثُمَّ أَقرَّ

الراهنُ : أَنَّ العبدَ كانَ جَنىٰ خَطأً علىٰ غيرِهِ قبلَ الرهنِ ، وصدَّقَهُ المُقَرُّ لَهُ ، وأَنكرَ المرتَهِنُ ، ويأتي توجيهُهما إِنْ شاءَ اللهُ تعالىٰ .

فرعٌ : [لا يحل وطء الراهن الجارية إلا بإذن المرتَهن] :

فأَمّا إذا رَهنَ جاريةً ، فأَقبضَها . . فَلا يَحِلُّ لَهُ وَطؤُها بغيرِ إِذنِ المرتَهِنِ ؛ لأنَّ فيهِ ضرراً علىٰ المرتَهِنِ ؛ لأَنَّها ربَّما حَبلتْ ، فتموتُ منهُ ، أَو تَنقُصُ قيمتُها . فإِنْ خالفَ ، وَوَطِىءَ . . فلا حدَّ عليهِ ؛ لأَنَّ وطأَهُ صادفَ مِلْكَهُ ، ولا مهرَ عليهِ ؛ لأَنَّ غيرَ الراهنِ لو وَطِئَها بشبهةٍ ، أَو أَكرهَها . . لكانَ المهرُ للراهنِ ، فإِذا وَطِئَها الراهنُ . . لَمْ يَجِبْ عليهِ مهرٌ لنفسِهِ . فإِنْ أفضاها ، أو كانتْ بكراً ، فٱفتضَّها . . وجَبتْ عليهِ قيمتُها بالإِفضاءِ ، وأَرشُ ما نَقَصَها الإِفتضاضُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ بدلٌ عَنْ جزءٍ منها ، ويكونُ الراهنُ بالخيارِ : إِنْ شاءَ . . جَعلَ ذٰلكَ قِصاصاً مِنَ الحَقِّ[1] إِنْ كانَ لَمْ يَحِلَّ ، وإِنْ شاءَ . . جعلَهُ رهناً معها إِلىٰ أَنْ يَحِلَّ الحقُّ . قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (ولا أَظنُّ أَنَّ عاقلاً يَجعلُ ذٰلكَ رهناً) ، فيكونُ أَمانةً ؛ لأَنَّهُ يُمكنُهُ أَنْ يَجعلَهُ قِصاصاً مِنَ الحَقِّ . وإِنْ حَبلتْ مِنْ هٰذا الوَطءِ . . ٱنعقدَ الولدُ حُرّاً ، وثَبتَ نَسبُهُ مِنَ الراهنِ . وهل تصيرُ الجاريةُ أُمَّ ولدٍ ، ويَبطُلُ الرهنُ ؟

قالَ عامَّةُ أَصحابِنا : هو كما لو أَعتقَها الراهنُ بعدَ الإِقباضِ بغيرِ إِذنِ المرتَهِنِ علىٰ الأَقوالِ المذكورةِ في العِتْقِ .

وقالَ أبو إِسحاقَ المَرْوزيُّ : إِن قُلنا : يَنفُذُ عِتقُهُ . . نَفَذَ إِحبالُهُ . وإِن قُلنا : لا يَنفُذُ عِتقُهُ . . فهل يَنفُذُ إِحبالُهُ ؟ فيهِ وجهانِ ؛ لأَنَّ الإِحبالَ أَقوىٰ ؛ لأَنَّهُ يَنفُذُ مِنَ المجنونِ ، ولا يَنفُذُ عِتقُهُ . **والأَوَّلُ أَصحُّ** .

فإِن قُلنا : يَنفُذُ إِحبالُهُ ، وتصيرُ أُمَّ ولدٍ . . فالحكمُ فيهِ ، كالحكمِ إِذا قلنا : يَصِحُّ عِتقُهُ علىٰ ما مَضىٰ .

---

(١) أي : جزءاً من القيمة .

وإِن قُلنا : لا يَنفُذُ إحبالُهُ ، ولا تصيرُ أُمَّ ولدٍ . . فإِنَّما نريدُ بذٰلكَ : أنَّها لا تصيرُ أُمَّ ولدٍ للراهنِ في حقِّ المرتَهِنِ ، ولا يَبطُلُ بهِ الرهنُ .

قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : وإِنْ أَرادَ الراهنُ أَنْ يهبَها من المرتَهِنِ . . لَمْ تَصِحَّ الهبةُ .

فعلىٰ هٰذا : يكونُ الولدُ حُرّاً ثابتَ النَّسبِ مِنَ الراهنِ ، فما دامتْ حامِلاً لا يجوزُ بيعُها ؛ لأَنَّها حاملٌ بحُرٍّ ، ولا يجوزُ بيعُها وٱستثناءُ الولدِ عَنِ البيعِ ، كما لا يجوزُ ٱستثناءُ بعضِ أَعضائِها ، ولا يجوزُ بيعُها معَ الولَدِ ؛ لأَنَّ الحُرَّ لا يَصِحُّ بيعُهُ .

فإِنْ ماتتْ مِنَ الوِلادةِ . . وَجبَ علىٰ الراهنِ قيمتُها ؛ لأَنَّها هَلكتْ بسببٍ مِنْ جهتِهِ تعدَّىٰ بهِ ، فَلَزِمَهُ ضمانُها ، كما لو جرحَها ، فماتتْ مِنها ، ومتىٰ تُعتبرُ قيمتُها ؟ فيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها : تُعتبرُ قيمتُها حينَ وَطِئَها ؛ لأَنَّهُ حينُ الجنايةِ ، كما لو جَرحها ، وماتتْ . . فإِنَّ قيمتَها تُعتبرُ يومَ جَرْحِها .

والثاني : تُعتبرُ قيمتُها أَكثرُ ما كانتْ مِنْ حينِ وَطِئَها إِلىٰ أَنْ ماتتْ ، كما لو غَصَبَ جاريةً ، وأَقامتْ في يدِهِ ، ثُمَّ ماتتْ .

والثالث ـ وهو قولُ أَبي عليِّ بنِ أَبي هريرةَ ـ : أَنَّ قيمتَها تعتبرُ حينَ ماتتْ ؛ لأَنَّ التَّلَفَ حصلَ بهِ . وحُكِيَ : أَنَّ أَبا عليٍّ أُلزِمَ إِذا جرحَها ، فسَرىٰ إِلىٰ نفسِها ، فٱلتزَمَ ذٰلكَ ، وقالَ : يَجبُ قيمتُها يومَ موتِها .

قالَ أصحابُنا : وهٰذا خطأٌ ، بَلْ تُعتبرُ قيمتُها يومَ الجراحةِ ، وإِنْ لَمْ تَمُتْ ، ولٰكن نَقَصتْ قيمتُها بالوِلادةِ . . لَزِمَ الراهنَ أَرشُ النَّقصِ ، فإِن شاءَ . . جَعلَ ذٰلكَ رَهْناً ، وإِنْ شاءَ . . جعلَهُ قِصاصاً منَ الحقِّ .

وإِنْ وَلَدتْ . . فلا يجوزُ بيعُها قبلَ أَنْ تَسقيَ الولدَ اللِّبَأَ ؛ لأَنَّ الولدَ لا يَعيشُ إِلاّ بهِ ، فإِذا سَقتْهُ اللِّبأَ . . نظرتَ :

فإِنْ لَمْ توجَد لَهُ مُرضِعةٌ . . لَمْ يَجُزْ بيعُها حتَّىٰ تَفطِمَهُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يؤدِّي إِلىٰ تلفِهِ .

وإِنْ وجِدَ مَنْ تُرضِعُهُ غيرُها . . جازَ بيعُها بحقِّ المرتَهِنِ .

فإِنْ قيلَ : كيفَ جازَ التفريقُ بينَها وبينَ الولدِ ؟ قيلَ : إِنَّما لا يجوزُ التفريقُ بينَهما إِذا كانَ يمكنُ الجمعُ بينَهما في البيعِ ، وهاهُنا لا يجوزُ بيعُ الوَلدِ ، فلذٰلكَ فُرِّقَ بينَهما .

فإنْ كانَ الدَّينُ يَستغرقُ قيمتَها . . جازَ بيعُ جميعِها . وإنْ كانَ الدَّينُ أَقلَّ مِنْ قيمتِها . . بِيعَ منها بقدرِ الدَّينِ ، إلاّ إنْ لَمْ يُوجدْ مَنْ يشتري بعضَها ، فَتُباعُ جميعُها للضرورةِ ، فيُدفعُ إِلىٰ المرتَهِنِ حقُّهُ ، والباقي مِنْ ثَمَنِها للراهنِ . وإنْ بيعَ بعضُها بدينِ المرتَهِنِ . . ٱنفكَّ الباقي منها مِنَ الرهنِ ، وكانَ ما بيعَ منها مملوكاً للمشتري ، وما ٱنفكَّ أُمَّ ولدٍ للراهنِ(1) . فإنْ ماتَ الراهنُ . . عَتَقَ عليهِ ما ٱنفكَّ فيهِ الرهنُ ، ولَمْ يُقوَّمْ عليهِ الباقي وإنْ كانتْ لَهُ تَرِكةٌ ؛ لأنَّهُ عِتْقٌ علىٰ الميِّتِ ، والميِّتُ لا مالَ لَهُ ؛ لأنَّ بالموتِ صارَ مالُهُ لورثتِهِ . وإنْ رَجَعَ هـٰذا المبيعُ إلىٰ الراهنِ بهبةٍ ، أَو بيعٍ ، أَو إِرثٍ ، أَو بيعِ جميعِها ، ثُمَّ رَجعت إليهِ ، أَو أَبرأَهُ المرتَهِنُ عَنْ دينهِ . . ثَبتَ لها حكمُ الاستيلادِ ، وعَتقَتْ علىٰ الراهنِ بموتِهِ علىٰ هـٰذا القولِ .

وقالَ المزنيُّ : لا يَثبتُ لها حكمُ الاستيلادِ علىٰ هـٰذا ، كما قلنا فيهِ : إذا أَعتقَها ، وقلنا : لا يَنفُذُ عِتْقُهُ ، ثُمَّ رجعتْ إليهِ . وهـٰذا ليسَ بشيءٍ ؛ لأنّا إنَّما حكمنا بأنَّ إحبالَهُ لَمْ يَنفُذْ في حقِّ المرتَهِنِ لا غيرَ ، بدليلِ : أنَّهُ لو وهبَها مِنَ المرتَهِنِ . . لَمْ تصحَّ هبتُهُ . فإذا زالَ حقُّ المرتَهِنِ . . ثَبتَ لها حكمُ الاستيلادِ ، كما لو قالَ رجلٌ : العبدُ الذي في يدِ فلانٍ حرٌّ . . فإنَّهُ لا يَعتِقُ علىٰ مَنْ هو بيدِهِ ، ثُمَّ مَلَكَهُ الشاهدُ لَهُ بذلكَ . . لعتقَ عليهِ . ويفارقُ الإحبالُ العِتْقَ ؛ لأنَّ الإحبالَ فِعلٌ لَهُ تأثيرٌ لا يمكنُ رَفعهُ إذا وقعَ ، والعِتقَ قولٌ ، فإذا بَطَلَ في الحالِ . . لَمْ يَصِحَّ فيما بعدُ ؛ لأنَّ الإحبالَ يَصِحُّ مِنَ المجنونِ والسفيهِ ، ولا يَصِحُّ عِتْقُهما .

مسألةٌ : [وقف الرهن بغير إذن المرتَهن] :

وإنْ وقَفَ الراهنُ الرهنَ بعدَ القبضِ بغيرِ إذنِ المرتَهِنِ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما في « المهذَّبِ » :

أحدُهما : أنَّهُ كالعِتْقِ ، فيكونُ علىٰ الأَقوالِ ؛ لأنَّهُ حقٌّ للهِ تعالىٰ لا يَصِحُّ إسقاطُهُ بعدَ ثبوتِهِ ، فصارَ كالعِتْقِ .

---

(1) أي : أنَّ الجزء الباقي منها غير مبيع فيه أمَّ ولد للراهن .

فقولنا : (لأنَّهُ حقٌّ للهِ) ٱحترازٌ مِنَ البيعِ والهبةِ .

وقولنا : (لا يَصِحُّ إسقاطُهُ بعدَ ثبوتِهِ) ٱحترازٌ مِنَ التدبيرِ ، فإنَّهُ إذا رَهنَ عبداً ، وأَقبضَهُ ، ثُمَّ دبَّرَهُ . . لَمْ يُحكَمْ بِبُطلانِ التدبيرِ .

والوجهُ الثاني : أنَّ الوقفَ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّهُ تَصرُّفٌ لا يسري إلىٰ مِلْكِ الغيرِ ، فلَمْ يَصِحَّ مِنَ الراهنِ بنفسِهِ ، كالبيعِ ، والهبةِ .

فقولُنا : (لا يسري إلىٰ مِلْكِ الغيرِ) ٱحترازٌ مِنَ العِتْقِ .

مسألةٌ : [إحبال الراهن الجارية بإذن المرتهن] :

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (ولو أَحبَلَها الراهنُ ، أَو أَعتقَها بإذنِ المرتَهِنِ . . خَرجَتْ مِنَ الرهنِ) . وهـٰذا كما قالَ : إذا رَهَنَهُ جاريةً ، وأَقبضَهُ إيّاها ، ثُمَّ إنَّ المرتَهِنَ أَذِنَ للراهنِ بعِتْقِها ، فأَعتقَها . . صحَّ ذٰلكَ ، قولاً واحداً ، وكذٰلكَ : إذا أَذِنَ لَهُ بوَطئِها . . جازَ لَهُ وطؤُها ؛ لأنَّ المنعَ مِنْ ذٰلكَ لحقِّ المرتَهِنِ ، فإذا أَذِنَ لَهُ فيه . . زالَ المنعُ .

فإنْ حَبلتْ مِنَ الوَطْءِ المأذونِ فيهِ . . صارتْ أُمَّ ولدٍ للراهنِ ، وخَرجَتْ مِنَ الرهنِ ، قولاً واحداً ؛ لأنَّ ذٰلكَ ينافي الرهنَ ، فإذا أَذنَ فيهِ المرتَهِنُ . . صارَ كما لو أَذِنَ لَهُ في فَسخِ الرهنِ ، ولو أَذِنَ لَهُ في الفسخِ ، فَفسخَ . . ٱنفسخَ الرهنُ .

فإنْ قيلَ : إنَّما أَذِنَ في الوَطءِ دونَ الإحبالِ ؟

فالجوابُ : أنَّهُ وإنْ لَمْ يأذَنْ في الإحبالِ ، إلاَّ أنَّ الإحبالَ مِنْ مُقتضَىٰ إذنِهِ ، معَ أنَّ الواطِىءَ لا يَقدِرُ علىٰ الإحبالِ ، وإنَّما الإحبالُ مِنَ اللهِ سبحانه وتعالىٰ ، ولَمْ يَفعلِ الواطِىءُ أكثرَ مِمّا أُذِنَ لَهُ فيهِ . فإذا أَحبلَها الراهنُ ، أَو أَعتقَها بإذنِ المرتَهِنِ . . لَمْ يَجبْ عليهِ قيمتُها ؛ لأنَّ الإتلافَ حصلَ بإذنِ المرتَهِنِ ، فصارَ كما لو أَذِنَ لَهُ في قتلِها ، فَقَتلها . . فإنَّهُ لا قيمةَ للمرتَهِنِ علىٰ الراهنِ .

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ في « الأُمِّ » : (وإنْ أَذِنَ المُرتَهِنُ للراهنِ في ضربِ الجاريةِ المرهونةِ ، فضَربَها الراهنُ ، فماتتْ مِنَ الضربِ . ٱنفسخَ الرهنُ ، ولَمْ يَجبْ علىٰ الراهنِ قيمتُها) ؛ لأنَّهُ أَذِنَ لَهُ في الضربِ إذناً مطلقاً ، فأيَّ ضربٍ ضربَها . . فإنَّهُ مأذونٌ

فيهِ ، وما تولَّدَ مِنَ المأذونِ فيهِ . . فلا شيءَ عليهِ لأَجلِهِ .

فإنْ قيلَ : أليسَ قدْ أُذِنَ للإمامِ في الضربِ في التعزيرِ ، وللزَّوجِ أَنْ يَضرِبَ زوجتَهُ ، وللمعلِّمِ أَنْ يَضرِبَ الصبيَّ ، ثُمَّ إذا أَدَّىٰ ضربُ واحدٍ منهم إلىٰ التَّلفِ . . كانَ عليهِ الضَّمانُ ؟

قلنا : الفرقُ بينَ هـٰؤلاءِ والراهنِ : أنَّ هـٰؤلاءِ إنَّما أُبيحَ لهمُ الضربُ علىٰ وجهِ التأديبِ بشرطِ السلامةِ ، فإنْ أَدَّىٰ ضربُهم إلىٰ التَّلفِ . . كانَ عليهمُ الضَّمانُ ؛ لأنَّهُ غيرُ مأذونٍ فيهِ ، وليسَ كذٰلكَ الراهنُ ، فإنَّ الإذنَ لَهُ وقعَ مطلقاً ، فأَيَّ ضربٍ ضَربَهُ . . فهو مأذونٌ لَهُ فيهِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : إلاّ أَنْ يكونَ الإذنُ في تأديبِهِ ، أَو تَضمَّنَهُ إذنُهُ ، فيُشترَطُ فيهِ حينئذٍ السلامةُ عندي ، كما قلنا في الضربِ الشرعيِّ[1] .

فرعٌ : [اختلاف المتراهنين في إلحاق الولد] :

وإذا أَذِنَ المرتَهِنُ للراهنِ في وَطْءِ الجاريةِ المرهونةِ ، فأتتْ بولدٍ ، ثُمَّ ٱختلفا فيهِ ، فقالَ الراهنُ : هـٰذا الولدُ منِّي ، وقالَ المرتَهِنُ : هـٰذا الولدُ مِنْ زوجٍ أَو زِناً . . قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (فالقولُ قولُ الراهنِ) .

قالَ أصحابُنا : وأَرادَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : أَنَّ القولَ قولُ الراهنِ إذا أقرَّ المرتَهِنُ بأَربعةِ أَشياءَ :

أَحدُها : أَنْ يُقِرَّ : أَنَّهُ قَدْ أَذِنَ لَهُ بالوطءِ .

الثاني : أَنْ يُقِرَّ : أَنَّ الراهنَ قد وَطِئَها .

الثالثُ : أَنْ يُقِرَّ : أَنَّ هـٰذا الولدَ ولَدتْهُ هـٰذهِ الجاريةُ .

---

(١) المنوَّهُ عنه في قوله تعالى : ﴿وَٱضْرِبُوهُنَّ﴾ [النساء : ٣٤] . قال القرطبي : هو ضرب الأدب غير المبرِّح ، وهو الذي لا يكسر عظماً ، ولا يشين جارحة ، كاللّكزة ، فإن المقصود منه الصلاح لا غير ، فلا جرم : إذا أدى إلىٰ الهلاك . . وجب الضمان .

الرابعُ : أَنْ يُقِرَّ : بأَنَّهُ قد مضىٰ مِن حينِ الوطءِ أَقلُّ مدَّةِ الوضعِ[١] .

فإذا أقرَّ المرتَهِنُ بهٰذهِ الأربعةِ الأشياءِ . . قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ في « الأُمِّ » : (فالقولُ قولُ الراهنِ بلا يمينٍ ؛ لأَنَّهُ إذا ٱعترفَ بوطءِ جاريتِهِ . . صارتْ فِراشاً لَهُ ، فإذا أتتْ بولدٍ يمكنُ أَنْ يكونَ منهُ . . لحِقَهُ نسبُهُ . ولو ٱدَّعىٰ أنَّهُ ليسَ منهُ . . لم يُقبلْ قولُهُ ، فلا معنىٰ لاستحلافِهِ) .

وأمّا إذا قالَ المرتَهِنُ : لم آذنْ بالوطءِ . أو قالَ : أذِنتُ لكَ بهِ ، ولم تطأْ . . فالقولُ قولُهُ معَ يمينِهِ ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ ذٰلكَ ، وبقاءُ الوثيقةِ .

وهٰكذا : لو أنكرَ مُضيَّ مدَّةِ الحَملِ . . فالقولُ قولُ المرتَهِنِ معَ يمينِهِ ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ مُضيِّها .

وكذٰلكَ : إذا قالَ : هٰذا الولدُ لم تَلِدْهُ الجاريةُ . . فعلىٰ الراهنِ البيِّنَةُ أنَّها ولَدتْهُ ، فإذا لم تَقُمْ بيِّنةٌ علىٰ ذٰلكَ . . حُلِّفَ المرتَهِنُ ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ ولادتِها لَهُ .

مسألةٌ : [وطء المرتَهِن الجارية المرهونة] :

وأَمّا المرتَهِنُ إذا وطِئَ الجاريةَ المرهونةَ ، فإنْ كانَ بغيرِ إذنِ الراهنِ ، فإنْ كانَ عالماً بالتحريمِ . . وجبَ عليهِ الحدُّ ؛ لأنَّهُ لا شُبهةَ لَهُ فيها ؛ لأنَّ عقدَ الرهنِ عقدُ ٱستيثاقٍ[٢] بالعينِ ، ولا مَدخلَ لذٰلكَ في إباحةِ الوطءِ ، ولأنَّ الحدَّ لا يسقطُ بالوطءِ المحرَّمِ إلاّ لأحدِ ثلاثةِ أشياءَ :

[**أولها**] : إمّا لشبهةِ عقدٍ ، بأنْ يتزوَّجَها بغيرِ وليٍّ أو لا شهودٍ ؛ لاختلافِ العلماءِ في صحَّتِهِ .

[**ثانيها**] : أو لشبهةٍ في الموطوءَةِ ، بأنْ يطأَ جاريةَ ٱبنِهِ ، أو الجاريةَ المشتركةَ بينَهُ وبينَ غيرِهِ .

---

(١) أي : الحمل .

(٢) **الاستيثاق** ـ مأخوذ من استوثق من فلان ـ : إذا أخذ منه ما يوثق به أمره .

[ثالثها] : أو لشبهةٍ في الفعلِ ، بأنْ يطأَ ٱمرأةً يظنُّها جاريتَهُ أو ٱمرأتَهُ .

وليسَ هاهنا واحدٌ مِن ذٰلكَ . فإنْ أولدَها . . فالولدُ مملوكٌ للراهنِ ، ولا يثبتُ نسبهُ مِنَ المرتَهِن .

وأمّا المهرُ : فإنْ أكرهَها علىٰ الوطءِ ، أو كانتْ نائمةً ، فوطِئَها . . فعليهِ المهرُ ؛ لأنَّهُ وَطءٌ يسقُطُ بهِ الحدُّ عنِ الموطوءَةِ ، فلم يَعْرُ من وَطئِها في نكاحٍ فاسدٍ[1] . وإنْ طاوعتهُ علىٰ الوطءِ . . **فالمنصوصُ** : (أنَّهُ لا مهرَ عليهِ) .

ومِن أَصحابنا مَن قالَ : فيهِ قولٌ مُخرَّجٌ : أنَّهُ يجبُ عليهِ المهرُ ؛ لأَنَّ المهرَ حقٌّ للسيِّدِ ، فلا يَصِحُّ بذلُ الجاريةِ لَهُ ، كأُجرةِ منافعِها . **والأوَّلُ أصحُّ** ؛ لِمَا رُوِيَ : (أنَّ النبيَّ ﷺ نهىٰ عَن مهرِ البَغِيِّ) .

و (البَغِيُّ) : الزانيةُ . وهـٰذهِ زانيةٌ .

وإنِ ٱدَّعىٰ الجهالةَ بتحريمِهِ ، فإنْ لم يُحتملْ صِدْقُهُ ، بأَنْ يكونَ ناشئاً في أمصارِ المسلمينَ . . لم يُقبلْ قولُهُ في ذٰلكَ ؛ لأنَّ الظاهرَ مِمَّنْ نشأَ بينَ المسلمينَ أنَّهُ لا يخفىٰ عليهِ ذٰلكَ ، فيكونُ حكمُهُ حكمَ الأُولىٰ . وإنِ ٱحتُمِلَ صدقُهُ ، بأنْ يكونَ قريبَ العهدِ بالإسلامِ ، أو كانَ مسلماً ناشئاً في باديةٍ بعيدةٍ مِن المسلمينَ . . لم يجِبْ عليهِ الحدُّ ؛ لقولِهِ ﷺ : « ٱدْرَؤوا الحُدُودَ بالشُّبُهاتِ »[2] .

---

(١) والواجب في النكاح الفاسد مهرُ المِثل لاستيفاء منفعة البضع ، كوطء الشبهة يوم الوطء ؛ لأنه وقت الإتلاف .

(٢) الحديث يقبلُ لطرقه وشواهده ، ولأخذ السلف فيه ، فقد :

أخرجه عن عائشة رضي الله عنها الترمذي (١٤٢٤) في الحدود ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٩/ ١٢٣) في السير بلفظ : « ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإنْ كان له مخرج . . فخلوا سبيله ، فإن الإمام أن يخطىء في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة » .
قال الترمذي : حديث عائشة لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث محمَّد بن ربيعة ، عن يزيد بن زياد الدمشقي ، عن الزهري ، عن عروة به . ورواه وكيع عن يزيد بن زياد ونحوه ولم يرفعه . ورواية وكيع أصح ، وقد روي نحو هـٰذا عن غير واحد من أصحاب النبيِّ ﷺ : أنهم قالوا مثل ذٰلكَ ، ويزيد بن زياد ضعيف في الحديث .

وأخرجه عنها موقوفاً ابن أبي شيبة في « المصنف » (٦/ ٥١٦) .

=

ورُوِيَ : أنَّ عبدَ الرحمنِ بنَ عوفٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وأرضاهُ زوَّجَ جاريةً لَهُ مِنْ راعٍ ، فَزنتْ ، فأتىٰ بها إلىٰ عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وأرضاه ، فقالَ لها عمرُ : (يا لكعاءُ زَنيتِ ؟ فقالتْ : مِنْ مرغوشٍ بدرهمينِ ، فقالَ أميرُ المؤمنينَ عمرُ لعليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُما وأرضاهُما : ما تقولُ في هـٰذا ؟ فقالَ : قدِ ٱعترفتْ ، عليها الحدُّ . ثمَّ قالَ لعبدِ الرحمنِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وأرضاهُ : ما تقولُ ؟ قالَ : أقولُ كما قالَ أخي عليٌّ ، فقالَ

= وذكره السيوطي في « الجامع الصغير » (٣١٣) ، وزاد نسبته إلىٰ الحاكم ، ورمز لصحته . قال المناوي : وردَّه الذهبي في « التلخيص » ؛ لأنَّ فيه يزيد بن زياد الشامي متروك ، وقال في « المهذب » عنه : واهٍ . ووثقه النسائي .

وأخرجه عن ابن عباس رضي الله عنهما أبو حنيفة في « جامع المسانيد » (٢/ ١٨٣) ، وفيه أبان بن جعفر ، قال عنه الذهبي في « المغني » : كذاب . وذكره في « الجامع الصغير » (٣١٤) بلفظ : « ادرؤوا الحدود بالشبهات ، وأقيلوا الكرام عثراتهم إلا في حدٍّ من حدود الله تعالىٰ » . ونسبه لابن عدي في « جزء له من حديث أهل مصر والجزيرة » .

وعن عمر بن عبد العزيز مرسلاً روىٰ صدره أبو مسلم الكجِّي ، وابن السمعاني في « الذيل » ، كما في « المقاصد الحسنة » ، و « كشف الخفاء » .

وعن ابن مسعود رضي الله عنه رواه مسدد في « مسنده » موقوفاً ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٨/ ٢٣٨) في الحدود بلفظ : « ادرؤوا الحدود عن عباد الله عز وجل »

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أخرجه ابن ماجه (٢٥٤٥) في الحدود بلفظ : « ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعاً » . وفي إسناده إبراهيم بن الفضل ، ضعفه أحمد ، وآخرون .

وعن عمر رضي الله عنه موقوفاً رواه ابن أبي شيبة في « المصنف » (٦/ ٥١٤) بلفظ : (لئن أعطِّل الحدود بالشبهات أحبُّ إليَّ من أن أقيمها بالشبهات) .

وعن معاذ ، وابن مسعود ، وعقبة بن عامر رضي الله عنهم موقوفاً رواه ابن أبي شيبة في « المصنف » (٦/ ٥١٤) بلفظ : « إذا اشتبه عليك الحدُّ . . فادرأه » .

وعن إبراهيم النخعي عند ابن أبي شيبة في « المصنف » (٦/ ٥١٥) : كانوا يقولون : ادرؤا الحدود عن عباد الله ما استطعتم .

وعن الزهري رواه ابن أبي شيبة في « المصنف » (٦/ ٥١٥) : ادفعوا الحدود بكل شبهة .

وانظره أيضاً في « المقاصد الحسنة » (١٢٥) ، و « كشف الخفاء ومزيل الإلباس » (١٦٦) .

ادرؤا الحدود : ادفعوا إقامتها . **الحدود** ـ جمع حدٍّ ـ : الحاجز بين شيئين متقابلين ، فأطلق هنا الحكم تسميةً للشيء باسم جزئه بدلالة التضمن . **الشبهات** : جمع شبهة ، الإلباس ، وشبَّه عليهِ الأمر : لبّس عليهِ .

لعثمانَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وأرضاهُ : ما تقولُ ؟ قالَ : أراها تَستهِلُّ بهِ ، كأنَّها لا تعلمُ ، وإنَّما الحدُّ علىٰ مَن عَلِمَ . فدَرَأَ عمرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وأرضاهُ عنها الحدَّ)[١] .

قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : بعضُ أهلِ الحديثِ قالوا : هو مرغوشٌ بالشينِ . قالَ رحمَهُ اللهُ : وهو بالسينِ[٢] . قالَ : فسألتُ عنهُ جماعةً مِنَ أهلِ اللُّغةِ ، فلم يَعرفوهُ ، إلاّ فلاناً قالَ : هو اسمُ طيرٍ[٣] .

وأمّا المهرُ : فإنْ أكرهَها المرتَهِنُ . . فعليهِ المهرُ . وإنْ طاوعتْهُ ، فإنْ كانتْ جاهلةً أيضاً . . فعليهِ المهرُ . وإنْ كانتْ عالمةً بالتحريمِ . . **فالمنصوصُ** : (أنَّهُ لا مهرَ عليهِ) .

وعلىٰ القولِ المخرَّجِ . . عليهِ المهرُ . وإنْ أولَدَها . . فالولدُ حرٌّ ثابتُ النسبِ مِنَ المرتَهِنِ ، وعليهِ قيمتُهُ يومَ يَسقطُ .

وأمّا إذا وَطِئها المرتَهِنُ بإذنِ الراهنِ . . **فإنَّ عامَّةَ العلماءِ قالوا** : لا يَحِلُّ لَهُ الوطءُ ، إلاّ عطاءَ ، فإنَّهُ قالَ : يَحِلُّ لَهُ الوطءُ .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٢٦٤ و ٢٦٥] : وهلْ يكونُ قولُ عطاءٍ شُبهةً يَسقطُ بهِ عنهُ الحدُّ معَ العلمِ بالتحريمِ ؟ فيهِ وجهانِ .

---

(١) أخرجه عن يحيىٰ بن حاطب الشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٢٥٣) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٨/ ٢٣٨ ـ ٢٣٩) في الحدود ، وفيه قالَ : (أشر عليَّ أنت ـ لعثمان ـ قال : أراها تستهل به ، كأنها لا تعلمه ، وليس الحد إلا علىٰ من علمه ، فقال : صدقت ، والذي نفسي بيده ! ما الحد إلا علىٰ مَن علمه . فجلدها عمر مئة ، وغرّبها عاماً) . قال البيهقي : كان حدها الرجم ، فكأنه رضي الله عنه درأ عنها الحدَّ للشبهة بالجهالة ، وجلدها وغربها تعزيراً ، والله تعالىٰ أعلم .

(٢) كما في « ترتيب مسند الشافعي » .

(٣) لم نعثر عليه في « حياة الحيوان » ، ولا في « النهاية في غريب الحديث » ، لكن جاء في « القاموس المحيط » : **المُرَغِّش** ـ بكسر الغين المشددة ـ : من يُنَعِّمُ نفسه ، لغة في السين . ولا ترغش علينا ـ كَلاّ تمنع ـ : لا تشغب . وجاء أيضاً في (رغس) : والمرغوس : المبارك ، والرجل الكثير الخير .

وذَكرَ القاضي أَبو الطيِّبِ : أَنَّ الإذنَ شُبهةٌ في حقِّ العامَّةِ يَحتمِلُ صِدقُهم معَهُ في دعوىٰ الجَهالةِ ؛ لأَنَّ إِذنَ المالكِ قد يَعتقِدُ بهِ قومٌ جوازَ الوطءِ .

وذكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ في « التعليق » : إذا كانَ المرتَهِنُ عالماً بأَنَّ إِذنَ الراهنِ لا يُبيحُ لَهُ الوطءَ . . فالحكمُ فيهِ كالحكمِ فيهِ إذا وَطِئَها بغيرِ إِذنٍ ، إلاّ في شيءٍ واحدٍ ، وهو أَنَّهُ إذا وَطِئَها بغيرِ إِذنِهِ ، وكانتْ مُكرَهةً علىٰ الوطءِ ، أَو نائمةً . . وجبَ هناكَ المَهرُ ، قولاً واحداً ، وهاهنا علىٰ قولينِ .

وإِنْ كانَ المرتَهِنُ جاهلاً لا يعلمُ أَنَّ ذٰلكَ لا يجوزُ . . فلا حدَّ عليهِ ، والولدُ حرٌّ ثابتُ النسبِ منهُ .

وأَمَّا المَهرُ : فذَكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، وٱبنُ الصبّاغِ : أَنَّها إذا طاوعتْهُ . . فلا مهرَ عليهِ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّ إِذنَ المالكِ للمنفعةِ وُجِدَ ، فهيَ كالحُرَّةِ المطاوِعةِ . وإِنْ كانتْ مكرَهةً ، أَو نائمةً . . فهلْ يَجبُ المَهرُ ؟ فيهِ قولانِ .

وأَمَّا الشيخُ أَبو إِسحاقَ : فأَطلقَ القولينِ :

أَحدُهما : يَجبُ عليهِ المَهرُ ؛ لأَنَّهُ وطءٌ في غيرِ مِلكٍ يَسقطُ بهِ الحدُّ عَنِ الموطوءَةِ ، فوجبَ بهِ المَهرُ وإِنْ حصلَ بهِ الرِّضا ، كالوطءِ في النكاحِ الفاسدِ بغيرِ مهرٍ .

والثاني : لا يجبُ ، لأَنَّ هٰذا الوطءَ يتعلَّقُ بهِ حقُّ اللهِ تعالىٰ ، وحقُّ الآدميِّ ، فسقطَ حقُّ الآدميِّ بإِذنِهِ ، كما لو أَذِنَ لَهُ في قتلِ عبدِهِ ، أَو أَذِنَ لَهُ في قتلِ صيدِهِ ، وهو مُحرِمٌ . فإِنَّهُ لا يَجبُ عليهِ قيمةُ العبدِ والصيدِ وإِنْ وجبتِ الكفّارةُ والجزاءُ .

وأَمّا قيمةُ الولدِ . . فقد قالَ الشافعيُّ رحمَةُ اللهِ تعالىٰ عليهِ : (تَجبُ قيمتُهُ يومَ خرجَ حيّاً) .

فَمِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : في قيمةِ الولدِ قولانِ ، كالمَهرِ ، وإِنَّما **نصَّ الشافعيُّ** رحمَهُ اللهُ علىٰ أَحدِهِما .

ومنهُم مَنْ قالَ : تَجبُ قيمةُ الولدِ ، قولاً واحداً .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : والفرقُ بينَهُما : أَنَّ المَهرَ بَدلٌ عنِ الوطْءِ ، وقد وقعَ الإذنُ في الوطْءِ صَريحاً ، فَسقطَ بدلُهُ ، وليسَ كذٰلكَ الولدُ ؛ لأَنَّهُ وإِنْ كانَ مِنْ مُتضمَّنِ

الوطْءِ ، فليسَ ببدَلٍ عنهُ ؛ لأنَّ الوطْءَ قد يكونُ ولا ولدَ منهُ ، ولم يقعِ الإذنُ فيهِ ، فلم يسقُطْ بدلُهُ .

قالَ القاضي أبو الطيِّبِ : وهٰذا الفرقُ ليسَ بصحيحٍ ؛ لأنَّهُ لو أذِنَ لهُ في قطعِ أُصبُعٍ منهُ ، فقطعَها ، فَسرتْ إلىٰ أُخرىٰ . . لم يضمنْ واحدةً منهما .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : ويمكنُ أنْ يُقالَ : لأنَّ إذنَهُ لم يُفسِدْ حرِّيَّةَ الولدِ ، وإنَّما شُبهةُ الوطءِ أتلفتْ رِقَّ الولدِ[1] ، فضمِنَهُ بقيمتِهِ ؛ لأنَّ ذٰلكَ ليسَ بمتولِّدٍ مِنَ المأذونِ فيهِ .

مسألةٌ : [توكيل الراهن للمرتهن ثم رجوعه] :

وإنْ أذِنَ المرتَهنُ للراهنِ في العِتقِ ، فأَعتقَ ، أو في الهبةِ والإقباضِ ، فوهبَ وأقبضَ ، ثمَّ رَجَعَ عَنِ الإذنِ بعد العِتْقِ والهبةِ . . لم يبطُلِ العِتْقُ والهبةُ ؛ لأنَّهُما قد صحّا . وإنْ رَجَعُ المرتَهِنُ عَنِ الإذنِ قبلَ العِتقِ والهبةِ ، ثمَّ أعتقَ الراهنُ ، أو وهبَ بعدَ عِلمِهِ بالرجوعِ عنِ الإذنِ . . لم يَصِحَّ العِتْقُ والهبةُ ؛ لأنَّ بالرجوعِ يسقطُ الإذنُ ، فصارَ كما لو لم يأْذَنْ ، وإنْ أعتقَ أو وهبَ بعدَ الرجوعِ ، وقبلَ علمِهِ بهِ . . فهلْ يَصِحُّ العِتْقُ والهبةُ ؟ فيهِ وجهانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في الوكيلِ إذا باعَ بعدَ العزلِ ، وقبلَ علمِهِ بهِ .

وإنِ ٱختلفا : فقالَ المرتَهِنُ : أعتقتَ بعدَ رُجوعِي . وقالَ الراهنُ : بَلْ أعتقتُ قبلَ رجوعِكَ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فالقولُ قولُ المرتَهِنِ ؛ لأنَّ الأَصلَ بقاءُ الرهنِ .

فرعٌ : [إذن المرتَهن للراهن في بيع الرهن] :

وإنْ أذِنَ المرتَهِنُ للراهنِ في بيعِ الرهنِ ، فباعَهُ . . نظرتَ :

فإنْ كانَ بعدَ حُلولِ الدَّينِ ، فباعَ . . صحَّ البيعُ ، وتعلَّقَ حقُّ المرتَهِنِ بالثَّمنِ ؛ لأنَّ مقتضىٰ الرهنِ أنْ يستوفيَ الحقَّ مِنْ ثمنِهِ بعدَ حُلُولِهِ ، ولأنَّ بيعَ الرهنِ بعدَ حُلولِ الدَّينِ حقٌّ للمرتَهِنِ يَستحقُّهُ علىٰ الراهنِ ، بدليلِ : أنَّ الراهنَ لوِ ٱمتنعَ عَنْ ذٰلكَ . . أُجبرَ عليهِ ، فإذا كانَ مُستحِقّاً . . فقدْ أذِنَ فيما ٱستحقَّ .

---

(١) في (م) : (العبد) .

وإنْ كانَ الدَّينُ مؤَجّلاً ، فإنْ كانَ الإذنُ مِنَ المرتَهِنِ مُطلَقاً ، فباعَ الراهنُ . . صحَّ البيعُ ، وٱنفسخَ الرهنُ ، ولَمْ يَتعلَّقْ حقُّ المرتَهِنِ بالثمنِ ، وبهِ قالَ أَبو يوسفَ .

قالَ أَبو حنيفةَ ، ومحمَّدٌ رحمَهما اللهُ : (يكونُ الثَّمَنُ رهناً إِلىٰ أَنْ يَحِلَّ الحقُّ) .

دليلُنا : أَنَّهُ تصرُّفٌ في عينِ الرهنِ لا يستحقُّهُ المرتَهِنُ ، فإذا أَذِنَ فيهِ المرتَهِنُ . . سَقطَ حقُّهُ مِنَ الوثيقةِ ، كالعِتْقِ .

فقولُنا : (في عَينِ الرهنِ) ٱحترازٌ مِنَ العَقدِ علىٰ منافعِ الرهنِ .

وقولنا : (لا يَستحقُّهُ المرتَهِنُ) ٱحترازٌ مِنَ البيعِ بعدَ حلولِ الحقِّ .

قالَ في « الأُمِّ » [١٢٨/٣] : (فإنْ قالَ المرتَهِنُ : إِنِّي أَردتُ بإطلاقِ الإذنِ أَنْ يكونَ الثمنُ رهْناً مكانَهُ . . لم يُلتَفتْ إِلىٰ قولِهِ ، وحُمِلَ إِذنُهُ علىٰ الإطْلاقِ ، ولا تُؤثِّرُ الإرادةُ فيهِ) . وإنْ أَذِنَ لَهُ في البيعِ ، بشرطِ أَنْ يكونَ الثمنُ رهناً ، فباعَهُ . . ففيهِ قولانِ :

أحدُهما : أَن البيعَ صحيحٌ ، ويكونُ ثمنُهُ رهناً ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ، وأَحمدُ ، والمُزنيُّ رحمةُ اللهِ عليهم ؛ لأَنَّهُ لو أَذِنَ لَهُ في البيعِ ، بشرطِ أَنْ يَرهنَهُ عيناً أُخرىٰ مكانَ هـٰذا الرهنِ . . لصحَّ ذٰلكَ ، فكذٰلكَ إذا ٱشترطَ كونَ الثمنِ رَهْناً ، ولأَنَّهُ لو أَذِنَ لَهُ بعدَ المَحِلِّ بالبيعِ ، بشرطِ أَنْ يكونَ الثَّمنُ رَهناً إِلىٰ أَنْ يوفِّيَهُ الحقَّ . . جازَ ، فكذٰلكَ إذا شَرطَ ذٰلكَ قبلَ المَحِلِّ .

والقولُ الثاني : أَنَّ البيعَ لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ بَيعٌ بشرطٍ مجهولٍ ؛ لأَنَّ الذي يُباعُ بهِ الرهنُ مِنَ الثَّمَنِ مجهولٌ ، فلَمْ يَصِحَّ ، كما لو أَذِنَ لَهُ في البيعِ ، بشرطِ أَنْ يَرهَنَهُ عيناً مجهولةً .

وإنْ أَذِنَ لَهُ في البيعِ ، بشرطِ أَنْ يُعجِّلَ لَهُ حقَّهُ[1] ، فباعَهُ . . **فالمنصوصُ** : (أَنَّ البيعَ باطلٌ) .

وقالَ أَبو حنيفةَ ، وأَحمدُ ، والمُزنيُّ رحمةُ اللهِ عليهِم : (يَصِحُّ ، ويكونُ ثَمَنُهُ رَهناً ، ولا يَجبُ التعجيلُ) .

---

(١) في (م) : (بشرط أن يكون الثمن رهناً) . وفي نسخة : (يجعل) بدل : (يعجل) .

وقالَ أَبو إِسحاقَ : إِذا قلنا في المسأَلةِ قَبلَها إِذا أَذِنَ لَهُ بشرطِ أَنْ يكونَ الثَّمَنُ رَهناً : إِنَّ ذٰلكَ يَصِحَّ . كانَ هاهنا مثلَهُ .

دليلُنا : أَنَّهُ أَذِنَ لَهُ بشرطٍ ، فإِذا لَمْ يَثبتْ لَهُ الشرطُ . . لَمْ يَصِحَّ الإِذنُ ، كما لو شَرطَ في البيعِ شرطاً لَمْ يَثبُتْ . . فإِنَّ البيعَ لا يَصِحُّ .

وإِنِ ٱختلفَ الراهنُ والمرتَهِنُ : فقالَ المرتَهِنُ : أَذِنتُ لكَ بشرطِ أَنْ تُعطيَني حقِّي . وقالَ الراهنُ : بَلْ أَذِنتَ لي مُطلَقاً . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، وٱبنُ الصبّاغِ : فالقولُ قولُ المرتَهِنِ ؛ لأَنَّهُما لو ٱختلفا في أَصلِ الإِذنِ . . لكانَ القولُ قولَ المرتَهِنِ ، فكذٰلكَ إِذا ٱختلفا في صِفتِهِ ، ولأَنَّ الأَصلَ صِحَّةُ الرهنِ ، والراهنُ يدَّعي ما يُزيلُهُ ويُبطلُهُ ، فلَمْ يُقبَلْ قَولُهُ .

مسأَلَةٌ : [مؤنة الرهن علىٰ الراهن] :

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (وعليهِ مؤنةُ رُهونِهِ ، ومَنْ ماتَ مِنْ رقيقِهِ . . فعليهِ كفنُهُ) . وهٰذا كما قالَ : يجبُ علىٰ الراهنِ ما يَحتاجُ إِليهِ الرهنُ مِنْ نفقةٍ وكِسوةٍ وعَلَفٍ . وإِنْ كانَ عبداً فماتَ . . فإِنَّ عليهِ كفنَهُ ومؤنةَ تجهيزِهِ ؛ لقولِهِ ﷺ : « ٱلرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ ، لَهُ غُنْمُهُ ، وعَلَيْهِ غُرْمُهُ » . وهٰذا مِن غُرمِهِ ، ولِمَا رَوىٰ الشعبيُّ ، عن أَبي هريرةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَنْ رَهَنَ دَابَّةً . . فَعَلَيْهِ نَفَقَتُهَا ، ولَهُ ظَهْرُهَا وَحَمْلُهَا » ، ولأَنَّهُ مِلكُهُ ، فوجبَ أَنْ تكونَ نفقتُهُ عليهِ ، كما لو لَمْ يكُنْ مَرهوناً ، وإِنْ كانَ الرهنُ ممّا يَحتاجُ إِلىٰ موضعٍ يكونُ فيهِ ، مثلُ : أَنْ يكونَ حَيَواناً يَحتاجُ إِلىٰ إِصطَبْلٍ[1] ، أَو متاعاً يَحتاجُ إِلىٰ بيتٍ يكونُ فيهِ عندَ العدْلِ . . فإِنَّ ذٰلكَ يكونُ علىٰ الراهنِ ، وكذٰلكَ أُجرةُ حافظه علىٰ الراهنِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ رحمَهُ اللهُ : (يجبُ ذٰلكَ علىٰ المرتَهِنِ) .

---

(١) **الإِصطبل** ـ مأوىٰ الدوابِّ ـ عربي ، وقيل : معرَّب ، وهمزته أصل ؛ لأنَّ الزيادة لا تلحق بنات الأربع من أولها إلا إذا جرت علىٰ أفعالها ، يجمع علىٰ : إصطبلات ، وهو حظيرة الخيل وأضرابه من الحيوان .

دليلُنا : أَنَّ ذٰلكَ مِنْ مؤنَةِ الرهنِ ، فكانَ علىٰ الراهنِ ، كالنفَقَةِ .

فإنْ كانَ الراهنُ حاضراً . . كُلِّفَ أَنْ يَكْتريَ موضعاً لذٰلكَ . وإنِ ٱمتنعَ مِنْ ذٰلكَ . . أَخذَ الحاكمُ لذٰلكَ مِنْ مالِهِ . وإنْ كانَ مُعسِراً ، فإنْ أَنفقَ المرتَهِنُ بغيرِ إذنِهِ . . كانَ مُتطَوِّعاً . وإنْ أَنفقَ بإذنِ الراهنِ ليرجِعَ بهِ عليهِ . . رَجَعَ بهِ عليهِ إذا أَيسَرَ . وإنْ أَنفقَ بإذنِهِ ليكونَ ديناً عليهِ ، ويكونَ الرهنُ رهْناً بهِ وبالدَّينِ . . ففيه طريقانِ ، كالعبدِ إذا جنىٰ وفداهُ المرتَهِنُ بإذنِ الراهنِ ليكونَ دَيناً عليهِ ، ويكونَ العبدُ مرهوناً بهِ وبالدَّينِ .

وإنْ كانَ الراهنُ غائباً . . رُفِعَ الأَمرُ إلىٰ الحاكمِ ، فإنْ كانَ للراهنِ مالٌ . . أَنفقَ عليهِ مِنْ مالِهِ ، وإنْ لَمْ يكُنْ لَهُ مالٌ ، فإنْ أَنفقَ المرتَهِنُ بإذنِ الحاكمِ . . رَجَعَ بهِ علىٰ الراهنِ ، وإنْ أَنفقَ عليهِ بغيرِ إذنِ الحاكمِ معَ القدرةِ عليهِ . . كانَ متطوِّعاً ، ولَمْ يَرجع . وإنْ لَمْ يَقدِر علىٰ إذنِ الحاكمِ ، فأَنفقَ . . فهلْ يَرجِعُ بما أَنفقَ ؟ فيهِ وجهانِ ، كما نقولُ في الجَمّالِ إذا هربَ وأَنفقَ المُكتري . فإنْ جُنيَ علىٰ الرهنِ ، وٱحتاجَ إلىٰ مُداواةٍ . . كانتِ المُداواةُ علىٰ الراهنِ ، وكذٰلكَ إنْ أَبَقَ . . فأُجرَةُ مَنْ يَردُّهُ علىٰ الراهنِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إنْ كانتْ قيمةُ الرهنِ كقدْرِ الدَّينِ . . فالمداواةُ علىٰ المرتَهِنِ ، وإنْ كانتْ قيمةُ الرهنِ أَكثرَ مِنَ الدَّينِ . . فأُجْرَةُ المُداواةِ علىٰ الراهنِ والمرتَهِنِ بالقسطِ علىٰ المرتَهِنِ بقدرِ حقِّهِ ، والزيادةِ علىٰ الراهنِ) . وكذا قالَ في أُجْرَةِ مَنْ يَرُدُّهُ : (تكونُ بقدرِ الأَمانةِ علىٰ الراهنِ ، وبقدرِ الضَّمانِ علىٰ المرتَهِنِ) .

دليلُنا : قولُهُ ﷺ : « الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ ، لَهُ غُنْمُهُ ، وعَلَيْهِ غُرْمُهُ » . وهٰذا مِنْ غُرْمِهِ ، ولأَنَّهُ مِنْ مُؤنَةِ الرهنِ ، فكانَ علىٰ المالكِ ، كالنفقةِ ، والكِسوةِ .

وإنْ مَرِضَ الرهنُ وٱحتاجَ إلىٰ دواءٍ . . فإنَّ الراهنَ لا يُجبرُ عليهِ ؛ لأَنَّهُ لا يَتحقَّقُ أَنَّهُ سببٌ لبقائِهِ ، وقدْ يَبرأُ بغيرِ علاجٍ ، بخلافِ النفقةِ عليهِ ؛ لأَنَّهُ لا يَبقىٰ مِن غيرِ نَفَقةٍ .

مسأَلةٌ : [جناية العبد المرهون] :

وإنْ جنىٰ العبدُ المرهونُ . . لَمْ يَخلُ : إمّا أَنْ يَجنيَ علىٰ أَجنبيٍّ ، أَو علىٰ سيِّدِهِ ، أَو علىٰ مَنْ يَرِثُهُ سيِّدُهُ ، أَو علىٰ عبدِ سيِّدِهِ .

فإنْ جنىٰ علىٰ أجنبيٍّ أو أتلفَ لَهُ مالاً. . تعلَّقَ حقُّ الجنايةِ وغُرمُ المالِ في رقبتِهِ ، وكانَ مُقدَّماً علىٰ حقِّ المرتَهِنِ ؛ لأنَّ حقَّ المَجنيِّ عليهِ يُقدَّمُ علىٰ حقِّ المالكِ ، فَلأَنْ يُقدَّمَ علىٰ حقِّ المرتَهِنِ أَولىٰ ، ولأنَّ أَرشَ الجنايةِ تَعلَّقَ برقبةِ العبدِ بغيرِ ٱختيارِ المَجنيِّ عليهِ ، وحقَّ المرتَهِنِ تعلَّقَ برقبةِ العبدِ بٱختيارِ المرتَهِنِ ، والحقُّ المتعلِّقُ بغيرِ ٱختيارِ مَنْ لَهُ الحقُّ آكدُ مِنَ الحقِّ الذي يَثبتُ لَهُ ٱختيارُهُ ، كالميراثِ ، والبيعِ ، أَلاَ ترىٰ أَنَّ ما مَلكَهُ بالميراثِ . . مَلَكَهُ بغيرِ ٱختيارِهِ ؟ فلذٰلكَ لَمْ يَلحقْهُ الفسخُ ، وما مَلَكَهُ بالبيعِ . . مَلَكَهُ بٱختيارِهِ ؟ فلذٰلكَ يَلحقُهُ الفسخُ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنْ كانتِ الجنايةُ عَمْداً علىٰ النَّفْسِ ، فٱقتصَّ منهُ الوليُّ . . بَطَلَ الرهنُ . وإنْ كانتْ عمداً فيما دونَ النَّفسِ ، وٱقتصَّ منهُ المَجنيُّ عليهِ . . بقيَ الرهنُ في الباقي . وإنْ كانتِ الجنايةُ خَطَأً ، أو عَمْدَ خَطَإٍ ، أو عمداً ، وعَفَا المجنيُّ عليهِ علىٰ مالٍ ، فإنْ لَمْ يَخترِ السيِّدُ أَنْ يَفديَهُ . . بيعَ العبدُ في الجنايةِ إنْ كانَ الأَرشُ يَستغرقُ قيمتَهُ ، وإنْ كانَ الأرشُ لا يَستغرِقُ قيمتَهُ . . بيعَ منهُ بقدرِ أَرشِ الجنايةِ ، وكانَ الباقي منهُ رهناً ، إلاّ أَنْ يتعذَّرَ بيعُ بعضِهِ ، فيُباعُ جميعُهُ ، ويكونُ ما بقيَ مِنَ الثَّمنِ عَنْ قدرِ الأَرشِ رَهناً . وإنْ فَداهُ السيِّدُ أَو أَجنبيٌّ ، أو أَبرأَهُ المَجنيُّ عليهِ مِنْ حقِّهِ . . كانَ العبدُ رهناً ؛ لأنَّ الجنايةَ لَمْ تُبطِلِ الرهنَ ، وإنَّما قُدِّمَ الأَرشُ علىٰ حقِّ المرتَهِنِ ، فإذا سَقطَ حقُّ المَجنيِّ عليهِ . . بقيَ الرهنُ كما كانَ ، كما قلنا في حقِّ المرتَهِنِ والمالكِ . وإنْ فَداهُ المرتَهِنُ بغيرِ إِذنِ الراهنِ . . لَمْ يَرجِعْ عليهِ بما فَداهُ بهِ . وإنْ فَداهُ بإذنِهِ ليَرجعَ بهِ عليهِ . . رَجَعَ بهِ عليهِ . وإنْ فداهُ بإذنِهِ ، ولَمْ يَشترطِ الرجوعَ . . فهلْ يَرجعُ بهِ عليهِ ؟ فيهِ وجهانِ ، مضىٰ ذِكرُهما في الجِراحِ . وإنْ فداهُ علىٰ أَنْ يَرجعَ بما فداهُ بهِ ، ويكونَ العبدُ رهناً بهِ وبالدَّينِ الأَوَّلِ ، ورضيَ السيِّدُ بذٰلكَ . . رَجَعَ علىٰ السيِّدِ بما فداهُ بهِ ، وهلْ يكونُ العبدُ رهناً بما فداهُ بهِ ؟ فيهِ طريقانِ ، مضىٰ ذِكرُهما . **هٰذا مذهبُنا** .

وقالَ أَبو حنيفةَ رحمَهُ اللهُ : (إذا جَنىٰ العبدُ المَرهونُ . . كانَ ضمانُ الجنايةِ علىٰ المرتَهِنِ ، فإنْ فداهُ . . كانَ العبدُ مَرهوناً كما لو كانَ ، ولا يَرجِعُ بالفِداءِ . وإنْ بيعَ في الجِنايةِ ، أَو فداهُ السيِّدُ . . سَقَطَ دينُ المرتَهِنِ إنْ كانَ قدْرَ الفداءِ أَو دونَهُ) . وبَنىٰ هٰذا علىٰ أَصلِهِ : أَنَّ الرهنَ مضمونٌ علىٰ المرتَهِنِ ، فتكونُ جنايتُهُ مضمونةً عليهِ ،

كالغصبِ . والكلامُ معَهُ في ذٰلكَ يأتي في مَوضعِهِ إنْ شاءَ اللهُ تعالىٰ .

وإنْ جَنىٰ العبدُ المرهونُ علىٰ سيِّدِهِ : فإنْ كانتْ علىٰ ما دونَ النَّفْسِ . . نظرتَ :

فإنْ كانتِ الجنايةُ عَمْداً . . فللسيِّدِ أَنْ يَقتصَّ منهُ بِها إنْ كانتْ ممّا يَثبتُ بِها القِصاصُ ؛ لأنَّ القِصاصَ جُعِلَ للزجرِ ، والعبدُ أَحقُّ بالزجرِ عَنْ سيِّدِهِ . ولا يلزمُ قطعُ العبدِ بسرقةِ مالِ سيِّدِهِ ؛ لأنَّ القطعَ إنَّما يجبُ بسرقةِ مالٍ لا شُبهةَ لَهُ فيهِ ، وللعبدِ شُبهةٌ في مالِ سيِّدِهِ . فإنْ أَرادَ السيِّدُ أَنْ يعفوَ عنهُ علىٰ مالٍ . . فذهبَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ إلىٰ : (أنَّهُ لا يَثبتُ لَهُ المالُ) . وقالَ أَبو العبّاسِ : يَثبتُ لَهُ المالُ ، ويستفيدُ[1] بهِ بيعَهُ في أَرشِ الجنايةِ وإخراجَهِ مِنَ الرهنِ ؛ لأنَّ كلَّ مَنْ ثَبتَ لَهُ القِصاصُ علىٰ شخصٍ . . ثَبتَ لَهُ العَفوُ عنهُ علىٰ مالٍ ، كغيرِ السيِّدِ .

ووجهُ المذهبِ : أَنَّ السيِّدَ لا يَثبتُ لَهُ علىٰ عبدِهِ مالٌ ابتداءً . ولهٰذا لو أَتلفَ لَهُ مالاً . . لَمْ يَثبتْ لَهُ في ذِمَّتِهِ بدَلُهُ . ودليلُ أَبي العبّاسِ يَبطُلُ بعبدِهِ الذي ليسَ بمرهونٍ .

وإنْ جنىٰ علىٰ سيِّدهِ خَطأً فيما دُونَ النَّفْسِ . . كانتْ هَدْراً علىٰ مذهبِ الشافعيِّ رحمَهُ اللهُ . وعلىٰ قولِ أَبي العبّاسِ يتعلَّقُ الأَرشُ برقبتِهِ[2] .

وإنْ جنىٰ العبدُ المرهونُ علىٰ مَن يَرِثُهُ سيِّدُهُ : إمّا علىٰ أَبيهِ ، أَوِ ابنهِ ، أَو مكاتَبِهِ . . نظرتَ :

فإنْ كانتْ الجنايةُ عَمْداً فيما دونَ النَّفْسِ . . فللمَجنيِّ عليهِ أَنْ يَقتصَّ منهُ .

وإنْ كانتْ خطأً ، أَو عَمْداً وعَفا المَجنيُّ عليهِ علىٰ مالٍ . . ثَبتَ المالُ للمَجنيِّ عليهِ ؛ لأنَّهُ أَجنبيٌّ منهُ .

وإنْ ماتَ المَجنيُّ عليهِ قبلَ القِصاصِ ، والجنايةُ عمداً ، وكانتْ الجنايةُ علىٰ النَّفسِ ، وكانَ وارثُهُ هوَ السيِّدُ ، أَو عجزَ المكاتَبُ . . فللسيِّدِ أَنْ يَقتصَّ منهُ أَيضاً . وإنْ كانتِ الجنايةُ خَطأً أَو عَمْداً وأَرادَ السيِّدُ العفوَ عنهُ علىٰ مالٍ . . فقد قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : يَثبتُ لَهُ المالُ علىٰ عبدِهِ ، كما كانَ يثبتُ لِمَوروثِهِ ؛ لأنَّ الاستدامةَ أَقوىٰ مِنَ

---

(١) في (م) : (يستعيد) .
(٢) في (م) : (فيه) .

الابتداءِ ، فجازَ أَنْ يثبتَ لهُ علىٰ مِلكِهِ المالُ في الاستدامةِ دونَ الابتداءِ . وقالَ القفّالُ : يُبنىٰ علىٰ وقتِ وجوبِ الدِّيَةِ ، وفيها قولانِ :

أَحدُهما : تَجِبُ بعدَ موتِ المقتولِ في مِلكِ الوَرَثةِ ؛ لأَنَّها بدلُ نفسهِ ، فلا تجبُ في حياتِهِ .

فعلىٰ هـٰذا : لا يَثبتُ للسيِّدِ المالُ ، كما لو أَتلَفَ لَهُ مالاً .

والثاني : تجبُ في آخرِ جُزءٍ مِنْ أَجزاءِ حياةِ المقتولِ ، ثُمَّ تَنتقِلُ إِلىٰ وَرثتِهِ ؛ لأَنَّهُ يُقضىٰ منها دينُهُ ، ويُنفَّذُ منها وصاياهُ .

فعلىٰ هـٰذا : هل يثبتُ للسيِّدِ المالُ ؟ فيهِ وجهانِ ، بناءً علىٰ الوجهينِ فيمَنْ جَنىٰ عليهِ عبدُ غيرِهِ ، ثُمَّ مَلَكهُ المَجنيُّ عليهِ . فهلْ يُستدامُ عليهِ وجوبُ الأَرشِ ؟ فيهِ وجهانِ .

وإِنْ قتلَ العبدُ المرهونُ سيِّدَهُ عَمْداً . فلوارثِهِ أَنْ يَقتصَّ منهُ ، كما كانَ للسيِّدِ أَنْ يقتصَّ منهُ . فإِنْ أَرادَ الوارثُ أَنْ يعفوَ عنهُ علىٰ مالٍ ، أَو كانتِ الجنايةُ خَطأً . فهلْ يَثبتُ لَهُم المالُ ؟ ذَكرَ الشيخانِ ، أَبو حامدٍ ، وأَبو إِسحاقَ : أَنَّها علىٰ قولينِ :

أَحدُهما : لا يَثبتُ للوارثِ المالُ ؛ لأَنَّ الوارثَ قائمٌ مَقامَ السيِّدِ ، فلمّا لَمْ يَثبتْ للسيِّدِ المالُ في هـٰذهِ الجنايةِ . لَمْ يَثبتْ لمنْ يقومُ مَقامَهُ .

والثاني : يَثبتُ للوارثِ المالُ ؛ لأَنَّهُ يأخذُ المالَ عَنْ جنايةٍ حَصلتْ في غيرِ مِلْكِهِ ، فصارَ كما لو جنىٰ علىٰ مَن يَرِثُهُ السيِّدُ .

وقالَ أَبو عليٍّ بنُ أَبي هريرةَ : هـٰذانِ القولانِ مَبْنِيّانِ علىٰ وقتِ وجوبِ الدِّيةِ :

فإِن قُلنا : إِنَّها وَجبتْ في آخرِ جُزءٍ مِنْ أَجزاءِ حياةِ المقتولِ . لَمْ تَثبتِ الدِّيَةُ للوارثِ ؛ لأَنَّها وَجبتْ لسيِّدهِ .

وإِن قُلنا : إِنَّها وَجبتْ بعدَ موتِهِ في مِلْكِ الورثةِ . ثبتَتِ الدِّيَةُ للوارثِ ؛ لأَنَّها تَثبتُ لغيرِ مولاهُ بالجنايةِ . وهـٰذهِ طريقةُ القفّالِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وهـٰذا ليسَ بصحيحٍ ؛ لأَنَّها إِذا وَجبتْ بعدَ موتِ السيِّدِ ، فقد وَجبتْ لهم علىٰ مِلْكِهِمْ ، بَلِ القولانِ أَصلٌ بأَنفُسِهما غيرُ مَبنِيَّيْنِ علىٰ غيرِهما .

أَصحُّهُما : أنَّهُ لا يَثبتُ المالُ للوارثِ .

وإنْ جنىٰ العبدُ المرهونُ علىٰ عبدٍ لسيِّدهِ : فإنْ كانَ العبدُ المَجنيُّ عليهِ غيرَ مرهونٍ . . فهو كما لو جنىٰ علىٰ سيِّدِه ، فإنْ كانتِ الجنايةُ عمداً . . فللسيِّدِ أَنْ يَقتصَّ منهُ ، إلاّ أَنْ يكونَ المقتولُ ٱبنَ القاتلِ ، فلا يُقتصُّ منهُ بٱبنهِ . وإنْ كانتِ الجنايةُ خطأً ، أَو عَمداً وأَرادَ السيِّدُ العفوَ عنهُ علىٰ مالٍ . . لَمْ يثبتْ لَهُ المالُ علىٰ قولِ الشافعيِّ رحمَهُ اللهُ ، ويثبتُ لَهُ علىٰ قولِ أَبي العبّاسِ .

وإنْ كانَ العبدُ المقتولُ مرهوناً . . نظرتَ :

فإنْ كانَ مرهوناً عندَ مرتَهِنٍ آخَرَ ، فإنْ كانتِ الجنايةُ عَمداً . . فللسيِّدِ أَنْ يَقتصَّ مِنَ القاتلِ ، إلاّ أَنْ يكونَ المقتولُ ٱبنَ القاتلِ ، فلا قِصاصَ لَهُ ، فإذا ٱقتصَّ السيِّدُ . . بطلَ الرهْنانِ . وإنْ كانتِ الجنايةُ خَطأً ، أَو عمداً وعفا السيِّدُ علىٰ مالٍ . . ثَبتَ المالُ لأَجلِ المرتَهِنِ الذي عبدُهُ المقتولُ ، لا لأَجلِ السيِّدِ ؛ لأَنَّ السيِّدَ لو قَتلَ هـٰذا العبدَ . . لثبتَ عليهِ المالُ ، فإذا قتلَهُ عبدُهُ . . كانَ أَولىٰ أَنْ يَثبُتَ عليهِ المالُ . وإن عفا السيِّدُ عنهُ عنْ جنايةِ العَمْدِ علىٰ غيرِ مالٍ ، أَو مُطلَقاً . . فإنْ قلنا : إنَّ موجَبَ قتلِ العمدِ القَوَدُ لا غيرَ . . لَمْ يَثبتْ لَهُ المالُ . وإن قُلنا : إنَّ مُوجَبَهُ القَوَدُ ، أَوِ الدِّيَةُ . . ثبتَتْ قيمةُ العبدِ المقتولِ في رَقَبةِ القاتلِ ؛ لأَنَّ العفوَ عنها إبراءٌ ، ولا يَصِحُّ إبراءُ السيِّدِ منها ؛ لأَجلِ حقِّ المرتَهِنِ للمقتولِ .

فإذا تعلَّقتْ قيمةُ المقتولِ في رَقَبةِ القاتلِ ، فَإنْ كانتْ قيمةُ القاتلِ أَكثَرَ مِنْ قيمةِ المقتولِ . . بيعَ مِنَ القاتلِ بقدْرِ قيمةِ المقتولِ ، وجُعِلَ ذٰلكَ رهْناً عندَ مرتَهِنِ المقتولِ ، وكانَ الباقي مِنْ رَقَبةِ القاتلِ رَهْناً عندَ مُرتَهِنِه ، وإنْ لَمْ يُمكِنْ بيعُ بعضِهِ . . بيعَ جميعُهُ ، وكانَ قدرُ قيمةِ المقتولِ مِنْ ثَمَنِ القاتلِ رَهْناً عندَ مُرتَهِنِ المَقْتولِ ، وما زادَ علىٰ ذٰلكَ مرهوناً عندَ مرتَهِنِ القاتلِ . وإنْ كانتْ قيمةُ القاتلِ مثلَ قيمةِ المقتولِ ، أَو أَقلَّ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يُنقَلُ القاتلُ إلىٰ يدِ مرتَهِنِ المقتولِ رَهناً ، ويَنفكُّ مِنْ رهنِ مرتَهِنِهِ ؛ لأَنَّهُ لا فائدةَ في بيعِهِ .

والثاني : يباعُ ؛ لأَنَّهُ ربَّما رَغِبَ فيهِ راغِبٌ ، فٱشتراهُ بأَكثرَ مِنْ قدرِ قيمةِ المقتولِ ، فتكونُ الزيادةُ علىٰ قَدْرِ قيمةِ المَقتولِ رهناً عندَ مرتَهِنِ القاتلِ .

وإِنْ كانَ العبدانِ القاتلُ والمقتولُ مرهونينِ عندَ رجلٍ واحدٍ ، فإِنْ كانتِ الجنايةُ عمداً . . فللمولىٰ أَنْ يقتصَّ منهُ ، فإِنِ ٱقتصَّ . . بَطَلَ الرهنانِ . وإِنْ كانتْ خطأً ، أَو عمداً وعفا عنهُ علىٰ مالٍ . . نظرتَ :

فإِنْ رُهِنا بحقٍّ واحدٍ . . كانتِ الجنايةُ هَدْراً ؛ لأَنَّ جميعَ الدَّينِ متعلِّقٌ برقَبةِ كلِّ واحدٍ منهما ، فإِذا قُتِلَ أَحدُهما . . بقيَ الحقُّ متعلِّقاً بالآخرِ .

وإِنْ كانَ كلُّ واحدٍ منهما مرهوناً بحقٍّ منفردٍ . . نظرتَ :

فإِنْ كانَ أَحدُهما مَرهوناً بحقٍّ معجَّلٍ ، والآخرُ مَرهوناً بحقٍّ مؤجَّلٍ . . بيعَ القاتلُ بكلِّ حالٍ ؛ لأَنَّهُ إِنْ كانَ دينُ المقتولِ معَجَّلاً . . بيعَ القاتلُ ليَستوفيَ دَينَهُ المعجَّلَ ، وما بقيَ منهُ . . كانَ رهناً بدينِهِ المؤجَّلِ .

وإِنْ كانَ دَينُ القاتلِ معجَّلاً . . بيعَ ليَستوفيَ منهُ المعجَّلَ ، وما بقيَ . . كانَ مرهوناً بدَينِ المقتولِ .

وإِنِ ٱتَّفقَ الدَّينانِ بالحلولِ والتأجيلِ . . ففيهِ ثلاثُ مسائلَ :

إِحداهُنَّ : أَنْ تكونَ قيمتُهما سَواءً ، والحَقّانِ سواءً ، مثلَ : أَنْ يكونَ قيمةُ كلِّ واحدٍ منهما مِئةً ، وكلُّ واحدٍ منهما مرهوناً بمثلِ ما رُهِنَ بهِ الآخرُ ، أَو مِنْ جنسِ قيمتِهِ ، مثلُ قيمةِ ما رُهنَ بهِ الآخرُ ، فإِنَّ الجنايةَ هاهنا هدْرٌ ؛ لأَنَّهُ لا فائدةَ في بيعِهِ ولا في نقلِهِ .

قالَ أَبو إِسحاقَ : إِلاّ أَنْ يكونَ الدَّينُ الذي رُهِنَ بهِ المقتولُ أَصحَّ وأَثبتَ مِنْ دَينِ القاتلِ ، مثلُ : أَنْ يكونَ دينُ المقتولِ مستقِرّاً ، ودينُ القاتلِ عِوضَ شيءٍ يُردُّ بعيبٍ ، أَو صَداقاً قبلَ الدخولِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يُنقلُ إِليهِ ؛ لأَنَّ في نقلهِ غَرَضاً للمرتَهِنِ .

والثاني : لا يُنقلُ ؛ لأَنَّهُما سَواءٌ في الحالِ .

فإذا قلنا : يُنقلُ . . فهل يباعُ ويُنقلُ ثَمَنُهُ ، أَو ينقلُ العبدُ مِنْ غيرِ بيعٍ ؟ فيهِ وجهانِ ، مضىٰ ذكرُهما .

المسأَلةُ الثانيةُ : أَنْ يختلفَ الحقّانِ ، وتَتَّفِقَ القيمتانِ ، بأَن كانتْ قيمةُ كلِّ واحدٍ منهما مئةً ، وأَحدُهما مرهونٌ بمئتينِ ، والآخرُ مرهونٌ بمئةٍ ، فإِنْ كانَ ما رُهِنَ بهِ القاتلُ أَكثرَ . . لَمْ يُنقلْ ؛ لأَنَّهُ لا فائدةَ في نقلِهِ ، وإِنْ كانَ ما رُهِنَ بهِ المقتولُ أَكثرَ . . نُقِلَ ؛ لأَنَّ في نقلهِ فائدةً ، وهو : أَنْ يصيرَ مرهوناً بأَكثرَ مِمَّا هو مرهونٌ بهِ ، وهلْ يباعُ وينقلُ ثَمَنُهُ ، أو يُنقلُ من غيرِ بيعٍ ؟ علىٰ الوجهينِ .

المسأَلةُ الثالثةُ : أَنْ يَتَّفِقَ الحقّانِ ، وتختلفَ القيمتانِ ، بأَنْ يكونَ كلُّ واحدٍ منهما مَرهوناً بمئةٍ ، وقيمةُ أَحدِهما مئةٌ ، وقيمةُ الآخرِ مِئتانِ ، فإِنْ كانتْ قيمةُ المقتولِ أَكثرَ . . لَمْ يُنقلِ القاتلُ ؛ لأَنَّهُ مرهونٌ بمئةٍ ، وإِذا نُقِلَ كانَ مرهوناً بمِئَةٍ ، فلا فائدةَ في ذٰلكَ .

وإِنْ كانتْ قيمةُ القاتلِ أَكثرَ . . بِيعَ منهُ بقدرِ قيمةِ المقتولِ ؛ ليكونَ رهناً بدينِ المقتولِ ، ويبقىٰ نِصفُهُ رهناً بدينِهِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وإِنِ ٱتَّفقا علىٰ تبقيَتِهِ ونَقلِ الدَّينِ إِليهِ . . صارَ مرهوناً بالدَّيْنينِ معاً .

فرعٌ : [إقرار العبد المرهون جائز] :

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (وإِقرارُ العبدِ المرهونِ فيما فيهِ قِصاصٌ جائزٌ ، كالبيِّنَةِ ، وما ليسَ فيهِ قِصاصٌ . . فباطلٌ) . وهٰذا كما قالَ : إِذا أَقرَّ العبدُ علىٰ نفسهِ بجنايةِ عَمدٍ توجبُ القِصاصَ . . قُبِلَ إِقرارُهُ مَرهوناً كانَ أَو غيرَ مرهونٍ ؛ لأَنَّهُ لا يُتَّهمُ في ذٰلكَ ، ويكونُ المجنيُّ عليهِ بالخيارِ : بينَ أَن يَقتصَّ مِنهُ ، وبينَ أَنْ يَعفوَ علىٰ مالٍ ، فيكونُ كما لو قامتْ عليهِ البيِّنَةُ علىٰ ما مضىٰ . وإِنْ أَقرَّ المولىٰ عليهِ بذٰلكَ . . لَمْ يَصِحَّ إِقرارُهُ ؛ لأَنَّهُ يُقبَلُ فيهِ إِقرارُ العبدِ ، فلَمْ يُقبَلْ فيهِ إِقرارُ السيِّدِ ، كإِقرارِهِ عليهِ بالزِّنا .

وإِنْ أَقرَّ العبدُ بجنايةِ الخطأِ ، أَو بإِتلافِ المالِ . . لَمْ يُقبَلْ في حقِّ السيِّدِ ؛ لأَنَّهُ مُتَّهمٌ

في ذٰلكَ ، وليكونَ الغُرمُ متعلِّقاً بذمَّتِهِ ، فإنْ أُعتِقَ وأَيسرَ . . طولبَ بهِ ؛ لأنّا إنَّما مَنعْنا مِنْ قَبولِ إقرارِهِ في حقِّ السيِّدِ ، وقد زالَ حقُّ السيِّدِ ، فثبتَ إقرارُهُ ، وقولُ الشافعيِّ رحمَهُ اللهُ : (وما ليسَ فيهِ قِصاصٌ . . فباطلٌ) ، يعني : في حقِّ سيِّدِهِ . وإنْ أقرَّ المولىٰ عليهِ بجنايةِ الخطأ ، أو بإتلافِ المالِ . . صحَّ إقرارُهُ ؛ لأنَّهُ لمّا لَمْ يَصِحَّ إقرارُ العبدِ بهِ . . صحَّ إقرارُ المولىٰ بهِ ، كجنايةِ العمدِ ، لمّا لَمْ يُقبلْ فيهِ إقرارُ السيِّدِ . . صحَّ فيهِ إقرارُ العبدِ ، ولأنَّهُ لا تُهمَةَ علىٰ السيِّدِ في ذٰلكَ .

مسألةٌ : [أمر السيد عبده المرهون بجناية] :

وإنْ أمرَ السيِّدُ عبدَهُ بالجنايةِ علىٰ غيرِهِ ، فجنىٰ عليهِ ، فإنْ كانَ العبدُ بالغاً عاقلاً ، أو مراهقاً مُميِّزاً يعلَمُ أنَّ طاعةَ المولىٰ لا تجوزُ في المُحرَّماتِ . . نظرتَ :

فإنْ لَمْ يُكرهْهُ السيِّدُ علىٰ القتلِ . . فحُكمُهُ حُكمُ ما لو جنىٰ بغيرِ أمرِهِ ، إلاّ القِصاصَ ، فإنَّهُ لا يَجبُ علىٰ مَنْ لَمْ يَبلُغْ ، ولا يَلحقُ السيِّدَ بذٰلكَ إلاّ الإثمُ ؛ لقولِهِ ﷺ : « مَنْ أَعَانَ علىٰ قَتْلِ ٱمْرِىءٍ مُسْلِمٍ ، وَلَوْ بِشَطْرِ كَلِمَةٍ . . جاءَ يَوْمَ القيامَةِ مَكْتُوْباً بَيْنَ عَيْنَيْهِ آيِسٌ مِنْ رَحْمَةِ اللهِ »(١) .

وإنْ أكرهَهُ المولىٰ علىٰ القتلِ . . وجبَ علىٰ السيِّدِ القَوَدُ إنْ كانتِ الجنايةُ عَمْداً ، والمجنيُّ عليهِ مِمَّنْ يَستحقُّ القَوَدَ علىٰ المَولىٰ ، أَوِ الدِّيَةَ إنْ عَفَا عنهُ ، كما لو جنىٰ

---

(١) أخرجه عن أبي هريرة رضي الله عنه ابن ماجه (٢٦٢٠) في الديات ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٨/ ٢٢) ، والعقيلي في « الضعفاء » (٤/ ٣٨٢) ، وفي إسناده يزيد بن أبي زياد ، قال عنه البوصيري في « زوائد ابن ماجه » : بالغوا في تضعيفه ، حتىٰ قيل : كأنه حديث موضوع .

وفي الحديث : أن القتل أخطر الأشياء شرعاً ، وأقبحها عقلاً ؛ لأن الله تعالىٰ أبدع خلق هٰذه الصورة الإنسانية العظيمة ، فجعلها سبحانه في أحسن تقويم ، ورتب علىٰ إتلافها أشدَّ وعيد لم يُرَ أبلغ منه ، قال تبارك شأنه : ﴿ وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا وَغَضِبَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُۥ وَأَعَدَّ لَهُۥ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾ [النساء : ٩٣] . وقال ﷺ فيما رواه ابن ماجه (٢٦١٩) عن البراء : « لزوال الدنيا أهون علىٰ الله من قتل مؤمن بغير حقٍّ » . قال في « الزوائد » : إسناده صحيح .

السيِّدُ عليهِ بيدِه ، وهلْ يجبُ القَوَدُ علىٰ العبدِ إنْ كانَ بالغاً عاقلاً ؟ فيهِ قولانِ .

فإنْ قلنا : يجبُ عليهِ القَوَدُ . . كانَ الوليُّ بالخيارِ : بينَ أَنْ يَقتلَهُما ، وبينَ أَنْ يَقتلَ السيِّدَ ، ويَستحِقَّ نصفَ الدِّيَةِ في رقبةِ العبدِ ، أَو يقتلَ العبدَ ، ويَستحِقَّ في ذِمَّةِ السيِّدِ نِصفَ الدِّيةِ ، وبينَ أَنْ يعفوَ عنهما علىٰ مالٍ ، فيَستحِقَّ في ذِمَّةِ السيِّدِ نصفَ الدِّيَةِ ، وفي رقبةِ العبدِ نِصفَهَا .

وإن قُلنا : لا يَجبُ القَوَدُ علىٰ العبدِ . . تعلَّقَ برقبتِهِ نِصفُ دِيَةِ المقتولِ ، ثُمَّ الوليُّ بالخيار : بينَ أَنْ يَقتلَ السيِّدَ ، وبينَ أَنْ يَعفوَ عنهُ علىٰ مالٍ ، ويَستحقَّ في ذمَّتِهِ نِصفَ الدِّيَةِ .

وإنْ كانَ العبدُ صَغيراً غيرَ مُميِّزٍ ، أَو أَعجميّاً غيرَ عارفٍ بأَحكامِ المسلمينَ ، يَعتقِدُ أَنَّ طاعةَ المولىٰ تجوزُ في المُحَرَّماتِ . . فإنَّ الجانيَ هو السيِّدُ ؛ لأَنَّ العبدَ كالآلةِ لَهُ ، فإنْ كانَ السيِّدُ موسِراً . . أُخِذَ منهُ الأَرشُ ، وَإِنْ كانَ معسِراً . . فقد قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (وإنْ كانَ العبدُ صَبيّاً ، أَو أَعجميّاً ، فبيعَ في الجنايةِ . . كُلِّفَ السيِّدُ أَنْ يأتيَ بمثلِ قيمتهِ تكونُ رَهناً مكانَهُ) . واختلفَ أَصحابُنا في هٰذا :

فمنهم مَنْ قالَ : أَرادَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ بذٰلكَ : إنْ كانتِ الجنايةُ توجبُ المالَ ، وكانَ السيِّدُ مُعسِراً . . فإنَّ العبدَ يباعُ في الجنايةِ ، ثُمَّ إذا أَيسرَ السيِّدُ . . أُخِذَتْ منهُ قيمةُ العبدِ ، وجُعِلتْ رهناً مكانَهُ ؛ لأَنَّ السيِّدَ وإنْ كانَ هو الجاني ، إلاّ أَنَّ العبدَ هو الذي باشرَ الجنايةَ ، فبيعَ فيها عندَ تعذُّرِ أَخذِ الأَرشِ مِنَ السيِّدِ .

ومنهم مَنْ قالَ : لا يُباعُ العبدُ ، **وهو المذهبُ** ؛ لأَنَّ الجانيَ هو السيِّدُ ، والعبدُ آلةٌ لَهُ ، فلَمْ يُبَعْ فيها ، كما لو رَهنَ سَيْفاً ، فَقَتلَ بهِ إنساناً . . [لَمَا][1] وجبَ بيعُهُ ؛ لأَنَّهُ باشرَ الجِنايةَ ليُبَعَ[2] فيها وَإنْ كانَ السيِّدُ موسِراً .

وأَمّا ما ذكرهُ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : فلَهُ تأويلانِ :

أَحدُهما : أَنْ تكونَ البيِّنَةُ قدْ شَهِدَتْ علىٰ العبدِ أَنَّهُ جنىٰ ، فقالَ السيِّدُ : أَنا أَمرتُهُ

---

(١) في النسخ : (ولو) ، والمثبت هو ما يقتضيه سياق النص .

(٢) كذا النسخ ، والجادة ليباعَ .

بذٰلكَ ، فأَنكرَ المَجنيُّ عليهِ الأمرَ ، فإنَّ قولَ السيِّدِ لا يُقبلُ في حقِّ المَجنيِّ عليهِ ، ويباعُ العبدُ في الجنايةِ ، ويُقبلُ إقرارُ السيِّدِ في حقِّ المرتَهِن ، فيجبُ عليهِ القيمةُ .

والثاني : أَنَّ الشافعيَّ رحمَهُ اللهُ قالَ : (فبيعَ في الجنايةِ) . وليسَ هٰذا أَمراً منهُ بالبيعِ لَهُ ، وإنَّما أَرادَ : إِذا باعَهُ الحاكمُ بٱجتهادِهِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ مِمّا يُسوَّغُ[١] فيهِ الاجتهادُ .

مسأَلةٌ : [الجناية على القِنِّ المرهون] :

وإِنْ جُنيَ علىٰ العبدِ المرهونِ . . فالخصمُ في ذٰلكَ الراهنُ ؛ لأَنَّهُ هوَ المالكُ للرقبةِ ، وإِنَّما للمرتَهِنِ حقُّ الوثيقةِ ، فإِنْ أَرادَ المرتَهِنُ حُضورَ الخُصومَةِ . . كانَ لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ حقُّهُ ، يتعلَّقُ فيما يُقضىٰ بهِ علىٰ الجاني .

إذا ثبتَ هٰذا : فٱدَّعىٰ الراهنُ علىٰ رَجُلٍ أَنَّهُ قتلَ عبدَهُ المرهونَ ، فأَنكرَ ، ولا بيِّنةَ . . فالقولُ قولُ المدَّعىٰ عليهِ معَ يمينِهِ ، فإِنْ حَلَفَ . . فلا كلامَ ، وإِنْ نَكَلَ عَنِ اليمينِ . . حُلِّفَ الراهنُ ؛ لأَنَّهُ هو المالِكُ ، فإِنْ نَكَلَ الراهنُ . . فهلْ تردُّ اليمينُ علىٰ المرتَهِنِ ؟ فيهِ قولانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في المُفْلِسِ إذا نَكَلَ عنِ اليمينِ ، فهلْ تُردُّ علىٰ الغُرَماءِ ؟ وفيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا تُردُّ اليمينُ علىٰ المرتَهِنِ ؛ لأَنَّهُ غيرُ المدَّعي .

والثاني : تُردُّ ؛ لأَنَّ حقَّهُ يتعلَّقُ فيما يُقضىٰ بهِ علىٰ الجاني .

وسواءٌ كانتِ الجنايةُ عَمْداً أو خَطأً . . فإِنَّ المرتَهِنَ يَحلِفُ علىٰ أَحدِ القولينِ ؛ لأَنَّ العمدَ قدْ سقطَ إِلىٰ المالِ . وإِنْ أَقرَّ الجاني ، أَو قامتْ عليهِ البيِّنَةُ ، أَو حَلفَ الراهنُ ، أَوِ المرتَهِنُ في أحدِ القولينِ . . نظرتَ :

فإِنْ كانتِ الجنايةُ توجبُ القَوَدَ . . فللمولىٰ أَنْ يَقتصَّ ، ولَهُ أَنْ يعفوَ علىٰ المالِ ، فإِنِ ٱقتصَّ . . بَطَلَ الرهنُ ، وليسَ للمرتَهِنِ مطالبةُ المولىٰ بالعفوِ علىٰ المالِ ؛ لأَنَّ

(١) ساغ ـ يسوغ سوغاً ـ : سهل مدخله في الحَلْق ، ويستعمل في جواز وإباحة فعل الشيء ، وهو فعل لازم ، يتعدىٰ بالتضعيف .

القِصاصَ حقٌّ لَهُ . فإِنْ عَفا علىٰ مالٍ تعلَّقَ حقُّ المرتَهِنِ بهِ ؛ لأَنَّهُ بَدَلٌ عَنِ الرقبةِ . وإِنْ عفا مُطلقاً ، أَو عفا علىٰ غيرِ مالٍ ، فإِن قُلنا : إِنَّ مُوجَبَ العَمْدِ القَوَدُ لا غيرَ ، وإِنَّما يَثبتُ المالُ بالشرطِ في العفوِ . . صحَّ عفوهُ ، والثمنُ[1] للمرتَهِنِ . وإِنْ قلنا : إِنَّ مُوجَبَ العمدِ أَحدُ الأَمرينِ . . ثبتَ المالُ علىٰ الجاني ، وتَعلَّقَ بهِ حقُّ المرتَهِنِ .

وإِنْ قالَ الراهنُ : لا أقتَصُّ ولا أَعفو . . فهلْ للمرتَهِنِ أَنْ يُطالِبَ بإِجبارِهِ علىٰ أَحدِهما ؟ فيهِ طريقانِ :

[**أَحدُهما**] : قالَ أَبو عليٍّ بنُ أَبي هريرةَ : للمرتَهِنِ أَنْ يُطالِبَ بإِجبارِهِ علىٰ أَحدِهما ؛ لأَنَّ لَهُ حقّاً في المالِ .

و [**الثاني**] : قالَ أَبو القاسمِ الدّارَكيُّ : فيهِ قولانِ :

[**أَحدُهما**] : إِنْ قلنا : إِنَّ الواجبَ بقتلِ العمدِ القودُ لا غيرَ . . لم يكنْ للمرتَهِنِ مطالبتُهُ بإِجبارِهِ ؛ لأَنَّهُ إِذا مَلَكَ إِسقاطَهُ . . فلأَنْ يملِكَ تأخيرَهُ أَولىٰ .

و [**الثاني**] : إِن قُلنا : إِنَّ الواجبَ بقتلِ العمدِ أَحدُ الأَمرينِ . . كانَ لَهُ المطالبةُ بإِجبارِهِ علىٰ أحدِهما ؛ لأَنَّ لَهُ حقّاً في أَحدِهما ، فأُجبرَ علىٰ تعيينِهما .

فإِنَّ عفا الراهنُ علىٰ مالٍ ، أو كانتِ الجنايةُ خطأً ، أو كانَ الجاني عليهِ مِمَّنْ لا يُقتصُّ منهُ لَهُ ، كالحُرِّ . . ثبتَ المالُ . وإِنْ أَسقطَ المرتَهِنُ حقَّهُ مِنَ الوثيقةِ . . سقطَ ، كما يسقطُ حقُّهُ بإِسقاطِهِ معَ بقاءِ الرهنِ . وإِنْ أَبرأَ المرتَهِنُ الجانيَ مِنَ الأَرشِ . . لم يَصِحَّ إِبراؤُهُ ؛ لأَنَّهُ لا يَملِكُ ما أَبرأَهُ عنهُ ، وهلْ يَبطُلُ حقُّهُ مِنَ الوثيقةِ لهٰذا الإِبراءِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما في « المهذَّبِ » :

أَحدُهما : يبطُلُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يتضمَّنُ إِسقاطَ حقِّهِ مِنَ الوثيقةِ .

والثاني : لا يبطُلُ ؛ لأَنَّ إِبراءَهُ لم يَصِحَّ ، فلم يَصِحَّ ما تضمَّنَهُ الإِبراءُ .

وإِنْ أَبرأَ الراهنُ الجانيَ مِنَ الأَرشِ . . لم يَصِحَّ إِبراؤُهُ لتعلُّقِ حقِّ المرتَهِنِ بهِ .

فإِنْ قَضىٰ الدَّينَ مِنْ غيرِ الرهنِ ، أو أَبرأَهُ المرتَهِنُ مِنَ الدَّينِ ، أو أَسقطَ حقَّهُ مِن

---

(١) في نسختين : (ولا شيء) . والمثبت أوضح .

الوثيقةِ . . فهلْ يُحكمُ بصحَّةِ إبراءِ الراهنِ مِنَ الأَرشِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : لا يُحكمُ بصحَّتِهِ ؛ لأَنَّهُ وقعَ باطلاً ، فلا تتعقَّبُهُ الصِّحَّةُ .

والثاني : يحكمُ بصحَّتِهِ ؛ لأَنَّ المنعَ مِن صِحَّتِهِ لِحقِّ المرتهِنَ ، وقد زالَ حقُّ المرتهِنِ ، فحُكِمَ بصحَّتِهِ . وليسَ بشيءٍ .

فإنْ أرادَ الراهنُ أَنْ يُصالِحَ الجانيَ عَنِ الأَرشِ بعِوَضٍ بغيرِ رضا المرتَهِنِ . . لم يَصِحَّ الصُّلحُ ؛ لتعلُّقِ حقِّ المرتَهِنِ بالأَرشِ ، فإِنْ أَذِنَ المرتَهِنُ بالصُّلحِ علىٰ حيوانٍ . . صحَّ الصُّلحُ ، ويكونُ الحيوانُ رهناً ، فإِنْ كانَ لَهُ ظهرٌ أو لبنٌ أو نماءٌ . . كانَ ذٰلكَ للراهنِ ، كأصلِ الرهنِ .

فرعٌ : [رهن جارية حاملة] :

وإِنْ كانَ الرهنُ جاريةً حاملاً ، فضربَها ضاربٌ ، فأَسقطتْ جَنيناً مَيِّتاً . . وجبَ علىٰ الضاربِ عُشْرُ قيمةِ الأُمِّ ، ويكونُ خارجاً مِنَ الرهنِ ؛ لأَنَّهُ بَدَلٌ عَنِ الولدِ ، والولدُ خارجٌ مِنَ الرهنِ . وإِنْ نقصَتْ قيمةُ الجاريةِ بالولادةِ . . لم يجِبْ لأَجلِ النَّقصِ شيءٌ ؛ لأَنَّهُ يدخلُ في بَدَلِ الجنينِ . وإِنْ حصلَ بها أَثرٌ مِنَ الضربِ نَقصَتْ بهِ قيمتُها . . وجبَ علىٰ الضاربِ أَرشُ ذٰلكَ ، ويكونُ رهناً .

وإِنْ كانَ الرهنُ بهيمةً ، فضربَها ضاربٌ ، فأَسقطتْ جَنيناً مَيِّتاً . . وجبَ عليهِ ما نقصَ مِنْ قيمَةِ الأُمِّ بذٰلكَ ؛ لأَنَّ الجنينَ إِنَّما[1] يُضمنُ ببدَلٍ مقدَّرٍ مِنَ الآدميّاتِ ، ويكونُ ذٰلكَ رَهْناً ؛ لأَنَّهُ بَدَلٌ عَنْ جُزءٍ مِنَ الأُمِّ .

وإِنْ أَسقطتِ البهيمةُ بالضربِ جَنيناً حيّاً ، ثمَّ ماتَ . . ففيهِ قولانِ :

أحدُهما : تجبُ قيمةُ الولدِ حيّاً ؛ لأَنَّهُ يمكنُ تقويمُهُ ، ولا يكونُ رَهْناً ؛ لأَنَّ الولدَ غيرُ داخلٍ في الرهنِ ، فكذٰلكَ بدلُهُ .

والثاني : يجبُ أكثرُ الأَمرينِ مِنْ قيمةِ الولدِ ، أو ما نَقصَ مِنْ قيمةِ الأُمِّ بالإِسقاطِ ؛ لأَنَّهُ وُجِدَ سببُ ضمانِ كلِّ واحدٍ منهما ، ولم يجتمعا ؛ لأَنَّ النقصانَ كانَ سَبَبُهُ ٱنفصالَ

---

(١) في نسخة : (لهما) .

الولدِ الذي تعلَّقَ بهِ ضمانُهُ ، فسقطَ أحدُهما عندَ ثبوتِ الآخرِ ؛ لأنَّهُ لا يتميَّزُ كلُّ واحدٍ منهما عَنِ الآخرِ ، ويتعذَّرُ معرفتُهُ ، فإنْ كانَتْ قيمةُ الولدِ أكثرَ . . كانَ خارجاً مِنَ الرهنِ ، وإنْ كانَ ما نقصَ مِنْ قيمةِ الأُمِّ أكثرَ . . كانَ رهناً .

مسأَلةٌ : [الجناية علىٰ الرهن] :

فإنْ جُنيَ علىٰ الرهنِ ، ولم يُعرفِ الجاني ، فجاءَ رجلٌ ، فقالَ : أَنا قتلتُهُ ، فإنْ كذَّبَهُ الراهنُ والمرتَهِنُ . . لم يكنْ لَهما مطالبتُهُ بشيءٍ ؛ لأنَّهُ يعترفُ لِمَنْ كذَّبَهُ . وإنْ صدَّقاهُ . . كانَ كما لو قامتْ عليهِ البيِّنةُ في جميعِ ما ذكرناهُ ، إلاّ إذا كانتِ الجنايةُ خَطأً . . فإنَّ العاقلةَ لا تحمِلُها ، قولاً واحداً ؛ لأنَّ العاقلةَ لا تحملُ ما يثبتُ بٱعترافِ الجاني . وإنْ صدَّقَهُ الراهنُ ، وكذَّبَهُ المرتَهِنُ . . سقطَ حقُّ المرتَهِنِ ممّا يجبَ علىٰ المُقِرِّ ، فيأخذُ الراهنُ القيمةَ مِنَ المُقِرِّ ، ولا يكونُ رَهْناً ؛ لأنَّ المرتَهِنَ أَسقطَ حقَّهُ عنها بتكذيبِهِ . وإنْ صدَّقَهُ المرتَهِنُ دونَ الراهنِ . . تعلَّقَ حقُّ المرتَهِنِ بالأَرشِ ، فإذا حلَّ الحقُّ ، ولم يقضِهِ الراهنُ . . ٱستوفىٰ حقَّهُ مِنَ القيمةِ . وإنْ قضاهُ الراهنُ ، أَو أَبرأَ المرتَهِنُ الراهنَ مِنَ الدَّينِ أو الوثيقةِ . . رُدَّتِ القيمةُ إِلىٰ المُقِرِّ ؛ لأنَّ الراهنَ أَسقطَ حقَّهُ منها بتكذيبِهِ .

مسأَلةٌ : [جواز رهن العصير] :

إذا رهنَهُ عصيراً . . صحَّ رهنُهُ ؛ لأنَّهُ يُتموَّلُ في العادةِ ، فجازَ رهنُهُ ، كالثيابِ ، ولأنَّ أكثرَ ما فيهِ أنَّهُ يُخشىٰ تلفُهُ ، بأنْ يصيرَ خَمْراً ، وينفسِخَ الرهنُ فيهِ ، وذٰلكَ لا يمنعُ صِحَّةَ الرهنِ بهِ ، كالحيوانِ يجوزُ رهنُهُ وإنْ جازَ أَنْ يموتَ . فإذا رهَنهُ عَصيراً ، فٱستحالَ خَلاًّ ، أو ما لا يُسكِرُ كثيرُهُ . . فالرهنُ فيهِ بحالهِ ؛ لأنَّهُ تغيَّرَ إِلىٰ حالةٍ لا تُخرِجُهُ عَنْ كونِهِ مالاً ، فلم تُخرِجْهُ مِنَ الرهنِ ، كما لو رهنَهُ عَبداً شابّاً ، فصارَ شيخاً . وإنِ ٱستحالَ خَمْراً . . زالَ مِلْكُ الراهنِ عنهُ ، وبَطَلَ الرهنُ فيهِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ وأَصحابُهُ : (لا يزولُ مِلْكُ الراهنِ عنهُ ، ولا يَبطُلُ الرهنُ بهِ) ؛ لأنَّهُ يجوزُ أَنْ يصيرَ لَهُ قيمةٌ .

دليلُنا : أنَّ كونَهُ خَمْراً يمنعُ صِحَّةَ التصرُّفِ فيهِ ، والضَّمانَ علىٰ مُتلِفِهِ ، فبَطَلَ بهِ المِلْكُ والرهنُ ، كموتِ الشاةِ .

إذا ثبتَ هـٰذا : فإنَّهُ يجبُ إراقَتُهُ ، فإنْ أُتلِفَ . . فلا كلامَ ، ولا خيارَ للمرتَهِنِ في البيعِ إنْ كانَ شَرَطَ رهنَهُ فيهِ إذا كانَ ٱنقلابُهُ بيدِهِ ؛ لأَنَّ التلفَ حصلَ بيدِهِ . وإنِ ٱستحالَ الخمرُ خلاً بنفسِهِ مِنْ غيرِ معالجةٍ . . عادَ المِلْكُ فيهِ للراهنِ **بلا خلافٍ** ، وعادَ الرهنُ فيهِ للمرتَهِنِ ؛ لأنّا إنّما حَكَمنا بزوالِ مِلكِ الراهنِ عنهُ ، وبُطلانِ الرهنِ بحدوثِ الشِّدَّةِ المُطرِبةِ ، وقدْ زالتْ تِلكَ الشِّدَّةُ مِنْ غيرِ نجاسةٍ خلَّفَتْها ، فوجبَ أَنْ يعودَ إِلىٰ المِلْكِ السابقِ كما كانَ .

فإنْ قيلَ : أليسَ العقدُ إذا بَطَلَ . . لم يَصِحَّ حتّىٰ يُبتدأَ ، والرهنُ قدْ بَطَلَ ، فكيفَ عادَ مِنْ غيرِ تجديدِ عقدٍ ؟

فالجوابُ : أنّا إنّما نقولُ ذٰلكَ ، إذا وقعَ العقدُ فاسداً ، فأمّا إذا وقعَ العقدُ صحيحاً ، ثمَّ طرأَ عليهِ أمرٌ أخرجَهُ عَنْ حُكمِ العقدِ ، فإنَّهُ إذا زالَ ذٰلكَ المعنىٰ . . عادَ العقدُ صحيحاً ، كما نقولُ في زوجةِ الكافرِ إذا أَسلمتْ ، فإنَّ وَطْأَها يَحرُمُ عليهِ ، فإذا أَسلَمَ الزوجُ قبلَ ٱنقضاءِ العِدَّةِ . . عادَ العقدُ كما كانَ ، وكذٰلكَ إذا ٱرتدَّ الزوجانِ أو أحدُهما .

فإنِ ٱستحالَ الخمرُ خلاً بصنعةِ آدميٍّ . . لم يطهُرْ بذٰلكَ ، بل تزولُ الخمريَّةُ عنهُ ، ويكونُ خلاً نجساً لا يحِلُّ شربُهُ ، ولا يعودُ مِلْكُ الراهنِ فيهِ ، ولا الرهنُ .

وقالَ أبو حنيفةَ رحمَهُ اللهُ : (يكونُ طاهراً يحِلُّ شربُهُ ، والرهنُ فيهِ بحالِهِ) .

دليلُنا : ما روىٰ أبو طلحةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قالَ : لمّا نَزَلَ تحريمُ الخمرِ . . قلتُ : يا رسولَ اللهِ ، إنَّ عندي خمراً لأَيتامٍ وَرِثُوهُ ، فقالَ : « أَرِقْهُ » ، قلتُ : أَفلا أُخَلِّلُهُ ؟ قالَ : « لا » . فنهاهُ عَنِ التخليلِ . **وظاهرُ هـٰذا يقتضي** التحريمَ .

فإنْ كانَ معَ رجلٍ خمرٌ فأراقَهُ ، فأخذهُ آخرُ ، فصارَ في يدِهِ خلاً ، أو وهبَهُ لغيرِهِ ، فصارَ في يدِ الموهوبِ لَهُ خلاً . . ففيهِ وجهانِ :

[أحدُهما] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : يكونُ لِمَنْ أَراقَهُ ؛ لأَنَّهُ يعودُ إِلىٰ المِلْكِ

السابقِ ، والمِلْكُ للمُريقِ ، فهو كما لو غَصَبَ مِنْ رجلٍ خمراً ، فصارَ في يدِهِ خلاًّ .

والثاني : يكونُ مِلْكاً لِمَنْ هو بيدِهِ ؛ لأنَّهُ إذا أراقَهُ صاحبُهُ ، فقدْ رَفَعَ يدَهُ عنهُ ، فإذا جمعَهُ الآخرُ . . صارتْ لَهُ يدٌ عليهِ . **والأوَّلُ أصحُّ** .

فرعٌ : [رهنه عصيراً فاستحال قبل قبضه خمراً] :

قالَ ٱبنُ الصبّاغ : إذا رهنَهُ عصيراً ، فصارَ في يدِ الراهنِ قبلَ القبضِ خمراً . . بَطَلَ الرهنُ فإنْ عادَ خلاًّ . . لمْ يَعُدِ الرهنُ ، ويخالفُ إذا كانَ بعدَ القبضِ ؛ لأنَّ الرهنَ قد لَزِمَ ، وقدْ صارَ مانعاً للمِلْكِ . وكذٰلكَ : إذا ٱشترىٰ عصيراً ، فصارَ خَمْراً في يدِ البائعِ ، وعادَ خَلاًّ . . فسدَ العقدُ ، ولم يَعُدْ لمِلْكِ المشتري بعَوْدِهِ خلاًّ . والفرقُ بينَهُ وبينَ الرهنِ[1] : أنَّ الرهنَ عادَ تَبَعاً لمِلْكِ الراهنِ ، وهاهنا يعودُ مِلْكَ البائعِ لعدمِ العقدِ[2] .

فرعٌ : [رهن الشاة فماتت] :

وإنْ رهنَ عندَ رجلٍ شاةً ، وأَقبضَهُ إيّاها ، فماتتْ . . زالَ مِلْكُ الراهنِ ، وبطلَ الرهنُ فيها ؛ لأنَّها خَرَجتْ عَنْ أنْ تكونَ مالاً ، فإنْ أخذَ الراهنُ جِلدَها ، فدبَغَهُ . . عادَ مِلكُهُ علىٰ الجلدِ **بلا خلافٍ** ، وهلْ يعودُ رهناً ؟ فيهِ وجهانِ :

[**أحدُهما**] : قالَ ٱبنُ خيرانَ : يعودُ رَهناً ، كالخمرِ إذا تخلَّلتْ .

و[**الثاني**] : قالَ أبو إسحاقَ : لا يعودُ رهناً ؛ لأنَّ المِلْكَ إنَّما عادَ بمُعالجَةٍ ومعنىً أحدثَهُ ، بخلافِ الخمرِ . وسُئِلَ أبو إسحاقَ عَنْ رجلٍ ماتتْ لَهُ شاةٌ ، فجاءَ آخرُ ، فأخذَ جِلدَها ، فدبَغَهُ ؟ فقالَ : إنْ لم يطرَحْها مالِكُها . . فالجلدُ لمالِكِ الشاةِ دونَ الدابغِ ؛ لأنَّ المِلْكَ وإنْ عادَ بمعنىً أحدثَهُ الدابغُ ، إلاّ أنَّ يدَ المالِكِ كانتْ مُقَرَّةً علىٰ الجِلدِ ، وجُوِّزَ لَهُ ٱستصلاحهُ ، فإذا غَصَبهُ غاصبٌ ، ودَبَغَهُ . . لم تُنقَلْ يَدُ المالكِ ، كما لو كانَ

---

(١) أي : بعد أن يقبضه المرتهن .

(٢) لأن العقد علىٰ النجاسات فاسد ، وإنما ينال برفع اليد .

لَهُ جِرْوُ كلبٍ يُرِيدُ تعليمَهُ الصيدَ ، فغصَبَهُ إِنسانٌ ، وعلَّمَهُ . . فإِنَّ المغصوبَ منهُ أَحقُّ بهِ ؛ لأَنَّ يدَهُ كانتْ مُقَرَّةً عليهِ . قالَ : فأَمّا إِذا طَرَحَ صاحبُ الشاةِ شاتَهُ علىٰ المَزْبَلَةِ ، فأَخذَ رجلٌ جِلدَها ودبَغَهُ . . مَلَكَهُ ؛ لأَنَّ المالكَ قد أَزالَ يدَهُ عنها .

قيلَ لَهُ : أَليسَ مَنْ تحجَّرَ مَواتاً[1] كانَ أَحقَّ بإِحيائِها مِنْ غيرِهِ ، ثُمَّ جاءَ آخرُ ، فأَحياها . . مَلَكَها ؟

فقالَ : الفرقُ بينَهما : أَنَّ مَنْ تحجَّرَ علىٰ شيءٍ مِنَ المَواتِ . . فقد صارَ أَولىٰ بهِ ، بمعنىٰ أَثرِهِ فيهِ ، وهو التحجُّرُ ، ويدُهُ ضَعيفةٌ لا تستندُ إِلىٰ مِلْكٍ ، فإِذا وُجِدَ سببُ المِلْكِ ، وهو الإِحياءُ . . بَطَلَتْ يدُهُ . وليسَ كذٰلكَ مَنْ ماتتْ لَهُ شاةٌ ؛ لأَنَّ يدَهُ مُقَرَّةٌ عليها بالمِلْكِ .

مسأَلَةٌ : [تلف الرهن بيد المرتَهن] :

إِذا قبضَ المُرْتَهِنُ الرهنَ ، فهلَكَ في يدِهِ مِنْ غيرِ تفريطٍ . . لم يَلزَمْهُ ضمانُهُ ، ولا يسقُطُ مِنْ دَينِهِ شيءٌ ، وبهِ قالَ الأَوزاعيُّ ، وعطاءٌ ، وأَحمدُ ، وأَبو عبيدٍ رحمةُ اللهِ عليهم ، وهو أَحدُ الروايتينِ عنْ عليِّ بنِ أَبي طالبٍ كرَّمَ اللهُ وجهَهُ .

وذهبَ الثوريُّ ، وأَبو حنيفةَ وأَصحابُه رَضِيَ اللهُ عَنْهُم إِلىٰ : (أَنَّ الرهنَ مَضمونٌ علىٰ المرتَهِنِ بأَقلِّ الأَمرينِ مِنْ قيمتِهِ ، أَو قدرِ ٱلدَّينِ ، فإِذا هَلَكَ ، فإِنْ كانَ الدَّينُ مِئةً ، وقيمةُ الرهنِ تِسعينَ . . ضَمِنَهُ بتسعينَ ، وبقيَ لَهُ مِنْ دَينِهِ عشَرَةٌ . وإِنْ كانَ الدَّينُ تِسعينَ ، وقيمةُ الرهنِ مِئةً ، فهَلَكَ الرهنُ . . سَقطَ جميعُ دينهِ ، ولا يَرجِعُ الراهنُ عليهِ بشيءٍ ، وإِنْ تساويا . . سَقطَ الدَّينُ) . ورُوِيَ ذٰلكَ عَنْ أَميرِ المؤمنينَ عُمرَ بنِ الخطابِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ[2] .

---

(١) **تحجَّرَ مواتاً** : وضع أحجاراً ـ حول أرض لا مالك لها ، ولا ينتفع بها أحد ، وليس بها ماء ولا عمارة ـ أعلاماً تدلُّ علىٰ حدودها ، كالجدران إعماراً وحيازة .

(٢) أخرج خبر عمر الفاروق رضي الله عنه البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٤٣) ، وفيه : أن عمر بن الخطاب قال في الرجل يرتهن الرهن فيضيع : (إن كان أقلَّ ممَّا فيه . . يردُّ عليه تمام حقِّه ، وإن كان أكثر . . فهو أمين) . قال البيهقي : وهٰذا ليس بمشهور عن عمر ، وٱختلفت=

وذَهبَ إِسحاقُ بنُ رَاهُويَهْ إِلىٰ : أَنَّ الرهنَ مَضمونٌ علىٰ المرتَهِنِ بكمالِ قيمتِهِ ، ثُمَّ يَتَرَدّانِ . وهيَ الروايةُ الثانيةُ عَنْ أميرِ المؤمنينَ عليٍّ[1] رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وأرضاهُ .

وذَهبَ الشعبيُّ[2] والحسنُ البصريُّ[3] رحمةُ اللهِ عليهما إِلىٰ : أَنَّ الرهنَ إِذا هَلَكَ في يدِ المرتَهِنِ . . سَقَطَ جميعُ دينِه ، سواءً كانتْ قيمتُهُ أكثرَ مِنْ قدرِ الدَّينِ ، أو أَقلَّ ، أَو كانا متساويَيْنِ .

وقالَ مالكٌ رحمَهُ اللهُ : (إِنْ هَلَكَ الرهنُ هلاكاً ظاهراً ، مثلَ : أَنْ كانَ عبداً فماتَ ، أَو داراً فانهدمتْ[4] . . فهوَ غيرُ مَضمونٍ علىٰ المرتَهِنِ . وإِنْ هَلَكَ هلاكاً خفيّاً ، مثلَ : أَنْ يَدَّعِيَ المرتَهِنُ أَنَّهُ هَلَكَ . . فهو مضمونٌ عليهِ) . كما قال إِسحاقُ بنُ رَاهُويَهْ .

دليلُنا : ما روىٰ سعيدُ بنُ المسيَّبِ ، عَنْ أَبي هريرةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، عَنِ النبيِّ ﷺ قال : « لا يَغْلَقُ ٱلرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ ٱلَّذي رَهَنَهُ ، لَهُ غُنْمُهُ ، وعليهِ غُرمُهُ »[5] . فَلَنا مِنَ الخبرِ ثلاثةُ أَدِلَّةٍ :

= الروايات فيه عن علي بن أبي طالب ، فروي عنه . ثم أورده .

(١) أخرج خبر علي المرتضىٰ رضي الله عنه بألفاظ متقاربة موصولاً ومنقطعاً عبد الرزاق في « المصنف » (١٥٠٣٩ و١٥٠٤٠) ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٥/ ٣٣٤) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٦/ ٤٣) في الرهن ، ولفظه : (يتراجعان الفضل بينهما) .

(٢) أخرج أثر الشعبي عبد الرزاق في « المصنف » (١٥٠٣٧ و١٥٠٣٨) ، في الرهن بلفظ : (ذاك ألف بدرهم ، ودرهم بألف) .

(٣) أخرج أثر الحسن رضي الله عنه عبد الرزاق في « المصنف » (١٥٠٣٧) في الرهن ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٥/ ٣٣٣) في البيوع ، والجصّاص في « أحكام القرآن » (١/ ٥٢٧) ، ولفظه : (ذهب الرهن بما فيه) .

(٤) في نسخ : (فاحترقت) .

(٥) قال الأزهري في « الزاهر » (ص/ ٣٢٢) وما بعدها :

قال الشافعي : **لا يغلق** : معناه : لا يستحقه المرتَهِن بأن يدع الراهن قضاء حقِّه ، والغلق في الرهن : ضدُّ الفكِّ ، فإذا فكَّ الراهن الرهن . . فقد أطلقه من وثاقه عند مرتهنه ، وليس للمرتهن أن يستحق الرهن لتفريط الراهن في فكِّه ، ولكنَّه يكون وثيقة في يده إلىٰ أن يفكَّه .

والرهن ممَّن رهنه : هٰذا كلام منفصل عن الأوَّل ، وهو تأكيد لما وصل به ، وفائدته : أن ملك=

أَحدُها : قولُه ﷺ : « لا يَغْلَقُ ٱلرَّهْنُ » ولَهُ ثلاثُ تأويلاتٍ :

أَحدُها : لا يكونُ للمرتَهِنِ بحقِّهِ إِذا حلَّ الحقُّ ، بَلْ إِذا قضاهُ مِنْ غيرِهِ . ٱنفكَّ .

التأويلُ الثاني : أَنْ لا يَسقطَ الحقُّ بتَلَفِهِ .

التأويل الثالثُ : أَي لا ينغلقُ حتّىٰ لا يكونَ للراهنِ فكُّهُ عَنِ الرهنِ ، بَلْ لَهُ فكُّهُ ، بأَنْ يقضيَ الدَّينَ[١] .

فإِنْ قيلَ : فهٰذا حجَّةٌ عليكم ؛ لأَنَّ قولَهُ ﷺ : « لا يَغْلَقُ ٱلرَّهْنُ » ، أَي : لا يَهلِكُ بغيرِ عِوَضٍ ، قالَ الشاعرُ ، وهو زهيرٌ :

وفــارقَتْــكَ بــرهــنٍ لا فِكــاكَ لَــهُ يومَ ٱلوداعِ فأَمسىٰ الرهنُ قَدْ غَلِقا[٢]

يعني : ٱرتهنَ قلبَهُ الحُبُّ يومَ الوداعِ ، فأَمسىٰ وقدْ غَلِقَ الرهنُ ، أَي : قَدْ هَلَكَ بغيرِ عوضٍ .

قلنا : هٰذا غلطٌ ؛ لأَنَّ القلبَ لا يَهلِكُ ، وإِنَّما معناهُ : أَنَّ القلبَ صارَ رَهْناً بحبِّها ، وقدِ ٱنغلقَ ٱنغلاقاً لا ينفكُّ .

= الرهن لمن رهنه ؛ لأن الشيء إذا كان منه . . فهو له ، ومن : هاهنا بمعنىٰ : لام الملك ، كقول الشاعر :

أَمِـنْ آلِ ليلـىٰ عـرفـت ٱلـديـارا بجنــبِ ٱلعقيــقِ خَــلاءً قَفــارا

أراد : ألآلِ ليلىٰ عرفت الديارا ؟! .

له غنمه : أي للراهن الرهن وما يكون فيه من زيادة ومنفعة ، من لبن ، وغلَّة ، ونتاج .

وعليه غرمه : له معنيان :

أحدهما : عليه غرم ما يفك به ، وهو الحقُّ إلىٰ مرتهنه .

والثاني : أن عليه غرمه إن ضاع أو تلف . الغرم : الخسران والنقص . ويكون بمعنىٰ : الربح والفضل ، والهلكة .

(١) في نسخة : (الحق) .

(٢) البيت من بحر البسيط ، وهو في « ديوانه » ، وعند ابن فارس في « معجم مقاييس اللغة » (ص/ ٨١٣) ، وفيه : عن معنىٰ الحديث : قال الفقهاء : هو أن يقول صاحب الرهن لصاحب الدين : آتيَتُك بحقِّك إلىٰ وقت كذا ، وإلاَّ فالرهن لك ، فنهىٰ ﷺ عن ذٰلكَ الاشتراط . وكلُّ شيء لم يتخلص ، فقد غلِقَ .

الدَّلالةُ الثانيةُ مِنَ الخبرِ : قولُهُ ﷺ : « ٱلرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ » ، يعني : من ضمانهِ .

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (وهٰذهِ أَبلغُ كلمةٍ للعربِ في أَنَّهم إِذا قالوا : هٰذا الشيءُ مِنْ فلانٍ . . يريدونَ مِنْ ضمانِهِ) .

الدَّلالةُ الثالثةُ مِنَ الخبرِ : قولُهُ ﷺ : « لَهُ غُنْمُهُ ، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ » .

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (وغُرمهُ : هلاكهُ وعطبهُ)(١) ، ولأَنَّهُ مقبوضٌ عَنْ عَقدٍ لَو كانَ فاسداً . . لَمْ يُضمَنْ ، فوجبَ إِذا كانَ صحيحاً ، أَلاّ يُضمَنَ(٢) .

أَصلُهُ الوديعةُ ، ومالُ المضاربةِ ، والوكالةُ ، والشَّركةُ ، وعكسُهُ المقبوضُ عَنِ البيعِ ، والقَرْضِ .

فرعٌ : [الرهن أمانة عند المرتَهن] :

إِذا سَقَطَ حقُّ المرتَهنِ بإِبراءٍ أَو قضاءٍ . . كانَ الرهنُ عندَهُ أَمانةً ؛ لأَنَّهُ كانَ عندهُ أَمانةً ووثيقةً ، فإِذا سَقطتِ الوثيقةُ . . بقيتِ الأَمانةُ .

قالَ ٱبنُ ٱلصبّاغِ : قالَ أَصحابُنا : ولا يَلزَمُهُ ردُّهُ عليهِ حتّىٰ يُطالبَهُ بهِ ؛ لأَنَّهُ بمنزلةِ الوديعةِ ، ويفارِقُ : إِذا أَطارتِ الريحُ ثوباً لغيرِهِ إِلىٰ دارِهِ ، أَو دخلتْ شاةٌ لغيرِهِ إِلىٰ دارِهِ . . فإِنَّهُ يَلزمُهُ إِعلامُهُ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يرضَ بكونِهِ في يدِهِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وينبغي إِذا أَبرأَهُ المرتَهنُ ، ولَمْ يَعلمِ الراهنُ بذٰلكَ أَنْ يُعلِمَهُ بالبراءةِ ، أَو يَردَّهُ عليهِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَرضَ بتركِهِ عندَهُ ، إِلاّ علىٰ سبيلِ الوثيقةِ ، ويفارِقُ : إِذا عَلِمَ بهِ ؛ لأَنَّهُ قد رَضيَ بتركِهِ في يدهِ .

فرعٌ : [رهن مغصوباً فتلف عند المرتهن] :

وإِنْ غَصَبَ رَجلٌ مِنْ رجلٍ عَيناً ، فرهَنَها عندَ آخرَ ، وأَقبضَها للمرتهِنِ ، فأَتلَفَها المرتَهنُ ، أَو تَلِفتْ عندَهُ بغيرِ تفريطٍ ، فإِنْ كانَ عالِماً بأَنَّها مغصوبةٌ . . فللمغصوبِ منهُ

---

(١) في « الأم » (٣/ ١٤٧) . **والعطب** : الفساد ، والنقص .

(٢) قال الرافعي ، والنواوي : كلُّ عقد يقتضي صحيحه الضمان ، فكذلك فاسده ، وما لا يقتضي صحيحه الضمان . . فكذا فاسده . كما في « الروضة » (٣/ ٣٣٥) .

أَنْ يَرجِعَ بقيمتِها علىٰ الغاصبِ أَوِ المرتَهِنِ ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهما يجبُ عليهِ الضَّمانُ ، فإِنْ رَجَعَ علىٰ الغاصبِ . . رَجَعَ الغاصبُ علىٰ المرتَهِنِ ؛ لأَنَّهُ أَتلفَها ، أَو لأَنَّهُ كانَ عالِماً بغصبِها ، فيَستقرُّ عليهِ الضَّمانُ ؛ لحصولِ التَّلفِ في يدِهِ . وإِنْ رَجَعَ المغصوبُ منهُ علىٰ المرتَهِنِ . . لَمْ يَرجعِ المرتَهِنُ علىٰ الراهنِ ؛ لأَنَّ الضَّمانَ ٱستقرَّ عليهِ .

وإِنْ كانَ المرتَهِنُ غيرَ عالِمٍ بكونِها مَغصوبةً ، وتلِفتْ عندهُ مِنْ غيرِ تفريطٍ . . فللمغصوبِ منهُ أَنْ يَرجعَ علىٰ الغاصبِ ؛ لأَنَّهُ أخذَها مِنْ مالِكِها متعدِّياً ، وهلْ للمالكِ أَنْ يرجِعَ علىٰ المرتَهِنِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يرجِعُ عليهِ ؛ لأَنَّهُ أخذَها علىٰ وجهِ الأَمانةِ .

والثاني : يرجِعُ عليهِ ؛ لأَنَّهُ أخذَها مِنْ يدٍ ضامنةٍ .

فإِذا قلنا : يرجِعُ علىٰ المرتَهِنِ . . فهلْ للمرتَهِنِ أَنْ يرجِعَ بما ضَمِنَهُ علىٰ الراهنِ ؟

قالَ أَبو العبّاسِ : لا يرجِعُ ؛ لأَنَّهُ تلِفَ في يدهِ ، فٱستقرَّ الضَّمانُ عليهِ ، وفيهِ وجهٌ آخرُ ، ولم يذكرِ الشيخُ أَبو حامدٍ في « التعليقِ » غيرَهُ : أَنَّهُ يرجِعُ عليهِ ؛ لأَنَّ المرتَهِنَ أمينٌ ، فلا يضمَنُ بغيرِ تعدٍّ ، فيكونُ تلَفُ الرهنِ مِنْ ضمانِ الراهنِ ، ويرجِعُ بالقيمةِ عليهِ ؛ لأَنَّهُ غرَّهُ . فإِنْ بدا المغصوبُ منهُ ، فَضُمِّنَ الراهنُ . . فهلْ يرجِعُ الراهنُ علىٰ المرتَهِنِ ؟

إِنْ قلنا بقولِ أَبي العبّاسِ رحمَهُ اللهُ : إِذا ضَمَّنَ المغصوبُ منهُ المرتَهِنَ أَنَّهُ لا يرجِعُ علىٰ الراهنِ . . رجَعَ الراهنُ هاهُنا علىٰ المرتَهِنِ .

وإِنْ قُلنا بما ذكرَهُ الشيخُ أَبو حامدٍ رحمَةُ اللهِ عليهِ ، وأَنَّ المرتَهِنَ يرجِعُ علىٰ الراهنِ . . لم يرجِعِ الراهنُ هاهُنا .

فرعٌ : [ٱشتراط أخذ الرهن عند الدفع وتركه عند عدمه] :

قالَ في « الأُمِّ » : (وإِنْ رَهنَهُ رهناً علىٰ أَنَّهُ إِذا دَفَعَ الحقَّ وقضاهُ ، أَخذَ الرهنَ ، وإِنْ لم يَقضِهِ ، كانَ لَهُ بدينِهِ . . فالرهنُ والبيعُ فاسدانِ) . وهٰذا صحيحٌ ، أَمّا الرهنُ : فَبطَلَ ؛ لأَنَّهُ مؤقَّتٌ بمحِلِّ الدَّينِ ، ومِنْ شأنِهِ أَنْ يكونَ مُطْلَقاً . وأَمّا البيعُ : فَبطَلَ ؛ لأَنَّهُ

متعلِّقٌ بزمانٍ مُستقبَلٍ . فيكونُ هٰذا الرهنُ في يدِ المرتَهِنِ إلىٰ أَنْ يَحِلَّ الحقُّ غيرَ مَضمونٍ عليهِ ؛ لأَنَّهُ مقبوضٌ عَنْ رهنٍ فاسدٍ ، وحكمُ المقبوضِ في الضَّمانِ عَنِ العقدِ الفاسدِ كالمقبوضِ عَنِ العقدِ الصحيحِ ، فإِنْ تَلِفَ الرهنُ . . لم يَضمَنْ ، وإذا حلَّ الحقُّ . . كانَ مضموناً علىٰ المرتَهِنِ ؛ لأَنَّهُ مقبوضٌ عَنْ بيعٍ فاسدٍ ، فضمِنَهُ ، كالمقبوضِ عنْ بيعٍ صحيحٍ .

فعلىٰ هٰذا : إذا تَلِفَ في يدِهِ . . لَزِمَهُ ضمانُهُ ، سواءٌ فرَّطَ فيهِ ، أو لم يُفرِّطْ .

فإِنْ كانَ الرهنُ أَرضاً ، فغرسَ فيها المرتَهِنُ ، فإِنْ كانَ غَرْسُهُ قبلَ حلولِ الحقِّ . . قُلِعَ غرسُهُ ؛ لأَنَّهُ متعدٍّ بغَرْسِهِ . وإِنْ غرسَهُ بعدَ حلولِ الحقِّ . . فقدْ غَرَسَ بإِذنِ الراهنِ ؛ لأَنَّ البيعَ وإِنْ كانَ فاسداً ، فقد تضمَّنَ الإِذنَ في التصرُّفِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فيكونُ الراهنُ مخيَّراً بينَ أَنْ يُقِرَّ غَرسَهُ ، أو يدفعَ إِليهِ قيمتَهُ ، أو يُجبرَهُ علىٰ قلعهِ ويضمَنَ ما نَقَصَ .

وبالله التوفيق

* * *

باب ٱختلاف المتراهنين

إذا ٱدَّعىٰ رَجلٌ علىٰ رجلٍ أَنَّهُ رَهنَهُ عيناً بدينٍ لَهُ عليهِ ، فقالَ : ما رهنْتُكَها . ولا بيِّنةَ . . فالقولُ قولُ مَنْ عليهِ الدَّينُ معَ يمينِهِ أَنَّهُ ما رهَنَهُ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ الرهنِ . وإِنِ ٱختلفا في عينِ الرهنِ ، فٱدَّعىٰ المرتَهِنُ أَنَّهُ ٱرتهنَ منهُ هٰذا العبدَ ، وقالَ الراهنُ : ما رَهنتُكَ هٰذا العبدَ ، وإِنَّما رَهنتُكَ الجاريةَ . . حَلَفَ الراهنُ أَنَّهُ ما رهَنَهُ العبدَ . وخرجَ العبدُ عَنْ أَنْ يكونَ رَهْناً بيمينِ الراهنِ ، وخرجتِ الجاريةُ عنْ أَنْ تكونَ رهناً بإِنكارِ المرتَهِنِ لها .

وإِنِ ٱختلفا في قدرِ الرهنِ ، مثلِ : أَنْ يقولَ المرتَهِنُ : رَهَنتني هٰذينِ العبدينِ بمئةٍ ، وقالَ الراهنُ : بَلْ رهنتُكَ أحدَهُما بمئةٍ ، أَو ٱختلفا في قدرِ الدَّينِ المرهونِ بهِ ، مثلِ : أَنْ يقولَ المرتَهِنُ : رَهنتني هٰذا العبدَ بمئةٍ لي عليكَ ، وقالَ الراهنُ : بلْ رهنتُكهُ بخمسينَ مِنها . . فالقولُ قولُ الراهنِ معَ يمينِهِ في المسألتينِ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ، وأَحمدُ رَحمهما اللهُ تعالىٰ .

وقالَ مالكٌ رحمَهُ اللهُ : (القولُ قولُ مَنِ الظاهرُ معَهُ ، فإِنْ كانَ العبدُ الذي أَقرَّ الراهنُ برهنِهِ في المسألةِ الأُولىٰ يساوي مِئةً أَو دونَها ، ويُرهنُ مثلُهُ بمئةٍ . . فالقولُ قولُ الراهنِ . وإِنْ كانَ لا يساوي مئةً ، ولا يُرهنُ مثلُهُ بمِئةٍ في العادةِ . . فالقولُ قولُ المرتَهِنِ ، وكذٰلكَ في الثانيةِ القولُ قولُ المرتَهِنِ في قدرِ الدَّينِ إِنْ كانتْ قيمةُ العبدِ مئةً . وإِنْ كانتْ قيمتُهُ أكثرَ مِنَ المئةِ . . فالقولُ قولُ الراهنِ مع يَمينِهِ) .

دليلُنا : قولُهُ ﷺ : « البيِّنةُ علىٰ المدَّعي ، واليمينُ علىٰ مَنْ أَنكرَ » . وهٰذا الراهنُ مُنكِرٌ فيهما ، ولأَنَّهُما لوِ ٱختلفا في أَصلِ العقدِ[1] . . لكانَ القولُ قولَ الراهنِ ، فكذٰلكَ إِذا ٱختلفا في قدرِ المعقودِ عليهِ .

---

(١) في نسخة : (الرهن) .

وإنْ كانَ لَهُ عليهِ أَلْفٌ مؤجَّلةٌ ، وأَلْفٌ معجَّلَةٌ ، فرَهَنَهُ عبداً بألفٍ ، ثمَّ ٱختلفا : فقالَ المرتَهِنُ : رَهنتَنيهِ بالألفِ الحالِّ . وقالَ الراهنُ : بلْ رَهنتُكَهُ بالألفِ المؤجَّلِ . . فالقولُ قولُ الراهنِ معَ يمينِهِ ؛ لِمَا ذكرناهُ في المسألةِ قبلَها .

مسألةٌ : [رهن أرضاً وٱختلفا علىٰ وجود نخل فيها] :

وإنْ رَهَنَهُ أرضاً ، ووجدَ فيها نَخْلاً أو شَجَراً ، فقالَ المرتَهِنُ : كانَ هٰذا موجوداً وقتَ الرهنِ ، فهو داخلٌ في الرهنِ ، وقالَ الراهنُ : بَلْ حدَثَ بعدَ الرهنِ ، فهو خارجٌ مِنَ الرهنِ ، فإنْ كانَ ما قالَهُ المرتَهِنُ غيرَ مُمكِنٍ ، مثلَ : أَنْ يكونَ النخلُ صِغاراً ، وقد عُقِدَ الرهنُ مِنْ مدَّةٍ بعيدةٍ لا يجوزُ أَنْ يكونَ هٰذا النخلُ موجوداً وقتَ[1] العقدِ . . فالقولُ قولُ الراهنِ مِنْ غيرِ يمينٍ ؛ لأنَّهُ لا يمكنُ صِدْقُ المرتَهِنِ . وإنْ كانَ ما قالَهُ الراهنُ غيرَ مُمكنٍ ، وما قالَهُ المرتَهِنُ مُمْكناً ، مثلُ : أَنْ يكونَ لعقْدِ الرهنِ مدَّةٌ لا يجوزُ أَنْ يحدُثَ هٰذا النخلُ بعدَها ، مثلَ : أَنْ يكونَ النخيلُ كِباراً ، ومدَّةُ الرهنِ شهرٌ ، أو ما أشبهَهُ . . فالقولُ قولُ المرتَهِنِ بلا يمينٍ ؛ لأنَّ ما يقولُهُ الراهنُ مستحيلٌ غيرُ ممكنٍ ، فلم يُقبلْ قولُهُ . وإنْ كانَ يمكنُ صدقُ كلٍّ واحدٍ منهما ، مثلُ : أَنْ يكونَ هٰذا النخيلُ يمكنُ أَنْ يكونَ موجوداً حالَ العقدِ ، ويمكنُ أَنْ يَحدُثَ بعدَهُ . . قالَ الشافعيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : (فالقولُ قولُ الراهنِ معَ يمينِهِ) . وقالَ المُزنيُّ : القولُ قولُ المرتَهِنِ ؛ لأنَّهُ في يدِهِ . **والمذهبُ الأوَّلُ** ؛ لأنَّ المرتَهِنَ قدِ ٱعترفَ للراهنِ بملكِ النخلِ ، وصارَ يدَّعي عليهِ عَقْدَ الرهنِ ، والراهنُ مُنكِرٌ ذٰلكَ ، فكانَ القولُ قولَ الراهنِ ، كما لو ٱدَّعىٰ عليهِ عَقْدَ الرهنِ في النخلِ منفرداً عَنِ الأرضِ . وأمّا اليدُ : فلا يُرجَّحُ بها في دعوىٰ العقدِ ، وإنَّما يُرجَّحُ بها في دعوىٰ المِلكِ .

فإذا حلفَ الراهنُ . . نظرتَ :

فإنْ كانَ الرهنُ في القرضِ ، أو كانَ متطوَّعاً بهِ في الثَّمنِ غيرَ مشروطٍ في البيعِ . .

---

(١) في (م) : (عند) .

بقيَ الرهنُ في الأرضِ ولا كلامَ . وإنْ كانَ الرهنُ مشروطاً في عقدِ البيعِ . . فإنَّ هٰذا الاختلافَ يوجبُ التحالفَ ، وقد حلفَ الراهنُ ، وخرجَ النخلُ عَنِ الرهنِ ، فإنْ رضِيَ المرتَهِنُ بذٰلكَ . . فلا كلامَ ، وإنْ لم يرضَ . . حلفَ المرتَهِنُ : أَنَّ النخلَ كانَ داخلاً في عقدِ الرهنِ ، وهلْ ينفسِخُ البيعُ والرهنُ بنفسِ التحالفِ ، أو بالفسخِ ؟ علىٰ الوجهينِ في التحالفِ .

فإن قُلنا : لا ينفسِخُ ، فتطوَّعَ الراهنُ بتسليمِ النخلِ رَهْناً . . لم يكُنْ للمرتَهِنِ فسخُ البيعِ .

مسأَلةٌ : [ٱختلفا علىٰ أي عقد كان الرهن] :

وإنْ رَهَنَهُ عبداً ، فٱختلفا ، فقالَ الراهنُ : رَهنتُهُ بمئةٍ بعقدٍ ، ثمَّ زادني مِئةً أُخرىٰ ، فعقدتُ لَهُ الرهنَ بها علىٰ العبدِ قبلَ فسخِ العقدِ الأَوَّلِ ، وقلنا : لا يجوزُ ذٰلكَ ، وقالَ المرتَهِنُ : بَلِ ٱرتهنتُهُ منهُ بالمئتينِ بعقدٍ واحدٍ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : القولُ قولُ الراهنِ معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّهُما لو ٱختلفا في أَصلِ العقدِ . . لكانَ القولُ قولَهُ ، فكذٰلكَ إذا ٱختلفا في صفتِهِ .

والثاني : القولُ قولُ المرتَهِنِ معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّهُما ٱتَّفقا علىٰ عقدِ الرهنِ ، والراهنُ يدَّعي معنىً يقتضي بُطلانَهُ ، والأصلُ عدَمُ ما يُبطِلُهُ .

فرعٌ : [إقرار الراهن بعبد للمرتهن بألف] :

إذا قالَ رَجلٌ لغيرِهِ : هٰذا العبدُ الذي في يدي هو لكَ ، رهنتنيهِ بأَلفٍ لي عليكَ ، فقالَ المُقَرُّ لَهُ : هٰذا العبدُ وديعةٌ عندَكَ لي ، وإنَّما رهنتُكَ بأَلفٍ عليَّ لك عبداً آخرَ ، فَقتلتَهُ ، وأَنا أَستحِقُّ عليكَ قيمتَهُ . . فالقولُ قولُ المُقَرِّ لَهُ معَ يمينِهِ : أَنَّهُ ما رَهنَهُ هٰذا العبدَ . أَوِ القولُ قولُ المُقِرِّ معَ يمينِهِ : أَنَّهُ ما قَتَلَ لَهُ عبداً ، ولا شيءَ لَهُ عليهِ مِنَ القيمةِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ براءَةُ ذِمَّتِهِ . وأَمّا المُقَرُّ لَهُ بالعبدِ . . فعليهِ الأَلفُ ؛ لأَنَّهُ مُقِرٌّ بوجوبِها .

فرعٌ : [ٱختلف الراهن والمرتهن علىٰ مقدار الرهن] :

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ في « الأُمِّ » : (إذا قالَ الرجلُ لغيرِهِ : رَهنتُكَ عبديَ هٰذا بأَلفِ درهمٍ لكَ عليَّ ، فقالَ المرتَهِنُ : بَلْ رَهَنتَنيهِ وزيداً بألفي دِرهمٍ ، أَلفِ درهمٍ لي ، وأَلفِ دِرهمٍ لزيدٍ ، وٱدَّعىٰ زيدٌ ذٰلكَ . . فالقولُ قولُ الراهنِ : أَنَّهُ ما رَهنَ زيداً شيئاً ، فإذا حَلفَ . . كانَ العبدُ رَهناً عندَ الذي أَقرَّ لَهُ بهِ) .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وهٰذا لا يجيءُ علىٰ أَصلِ الشافعيِّ رحمَهُ اللهُ ؛ لأَنَّ المالكَ أَقرَّ للمرتَهِنِ برهنِ جميعِ العبدِ ، وهو لا يدَّعي إلاّ رَهنَ نصفِهِ ، وإِنَّما ٱدَّعىٰ زيدٌ نصفَهُ ، وقدْ حَلفَ لَهُ المالكُ ، فوجبَ أَنْ لا يَبقىٰ عندَ المُقَرِّ لَهُ إلا نصفُ العبدِ مَرْهوناً .

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (فأَمّا إذا قالَ لغيرِهِ : رهنتُكَ عبديَ هٰذا بألفِ درهمٍ لكَ عليَّ ، فقالَ المرتَهِنُ : هٰذا الأَلفُ الذي أَقررتَ أَنَّهُ لي رَهنتَني بهِ هٰذا العبدَ هو لي ولزيدٍ . . قُبِلَ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ إِقرارٌ في حقِّ نفسِهِ ، فقُبِلَ ، فيكونُ الأَلفُ بينَهُ وبينَ زيدٍ) .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : ولَمْ يَذكرِ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ حُكمَ الرهنِ هاهُنا ، ولٰكنْ يكونُ العبدُ رَهْناً بالأَلفِ ؛ لأَنَّ المرتَهِنَ ٱعترفَ بالأَلفِ الذي ٱرتهنَ[١] بهِ أَنَّهُ لَهُ ولغيرِهِ ، فَقُبِلَ إِقرارُهُ في ذٰلكَ ، كما لو كانَ لَهُ أَلفٌ برهنٍ ، فقالَ : هٰذا الأَلفُ لزيدٍ . . كانَ لَهُ الأَلفُ بالرهنِ ، كذٰلكَ هٰذا مثلُهُ .

مسأَلةٌ : [إرسال شخص برهن] :

ذكرَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ في بابِ (الرسالةِ)[٢] مِنَ « الأُمِّ » [٣/ ١٥٥] أَربعَ مسائلَ :

الأُولىٰ : إذا دفعَ إِلىٰ رجلٍ ثَوباً ، وأَرسلَهُ ليَرهنَهُ لَهُ عندَ رَجلٍ ، فرَهنَهُ لَهُ ، ثُمَّ ٱختلفَ الراهنُ والمرتَهِنُ ، فقالَ المرتَهِنُ : أَذِنتَ لَهُ ليَرهَنَهُ عندي بعشرينَ ، وقد أَعطيتُهُ العشرينَ ، ورَهنَني الثوبَ بها . فقالَ المُرسِلُ : ما أَمرتُهُ أَنْ يأخذَ إِلاّ عَشَرَةً ويَرهَنَ بها ، فإِنْ صَدَّقَ الرسولُ الراهنَ المُرسِلَ . . فالقولُ قولُ الرسولِ ، فَيَحلِفُ : إِنَّهُ

---

(١) في (م) : (الرهن) .

(٢) هي في « الأم » باسم : (الرسالة في الرهن) .

ما رَهنَهُ إلاّ بعشرةٍ ، ولا يَمينَ علىٰ المُرسِلِ ؛ لأنَّ الرسولَ هو الذي باشرَ العقدَ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وعندي : أَنَّ المرتَهِنَ إذا ٱدَّعىٰ علىٰ المُرسِلِ : أَنَّهُ أَذِنَ لَهُ في ذٰلكَ ، وقَبَضَ منهُ عشرينَ بإذنِهِ . . أنَّ لَهُ أَنْ يُحلِّفَهُ ؛ لأنَّ المُرسِلَ لو أَقرَّ بذٰلكَ . . لَزِمَهُ ما قالَهُ ، فإذا أَنكرَهُ . . حلفَ .

المسأَلةُ الثانيةُ : إذا صدَّقَ الرسولُ المرتَهِنَ . . فالقولُ قولُ المُرسِلِ : أَنَّهُ لَمْ يأْذَنْ لَهُ في رَهنِهِ بعشرينَ ، ولَمْ يلزَمِ المُرسِلَ إلاّ عشَرَةٌ لا غيرُ ، ويَلزمُ الرسولَ عَشَرَةٌ ؛ لأَنَّهُ أَقرَّ بقبضِ العشرينَ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وعندي : أَنَّ المرتَهِنَ إذا صدَّقَ الرسولَ أَنَّ الراهنَ أَذِنَ لَهُ في ذٰلكَ . . لَمْ يكنْ لَهُ الرجوعُ علىٰ الرسولِ ؛ لأَنَّهُ يُقِرُّ أَنَّ الذي ظَلَمَهُ هو المُرسِلُ .

المسأَلةُ الثالثةُ : إذا دَفعَ إليهِ ثوباً وعبداً ، وأَمرَهُ أَنْ يَرهنَ أَحدَهُما عندَ رجلٍ بشيءٍ يأخذُهُ لَهُ منهُ ، فرَهنَ الرسولُ العبدَ ، ثُمَّ قالَ المُرسِلُ : إنَّما أَذِنتُ لَكَ برهنِ الثوبِ ، وأَمّا العبدُ : فوديعةٌ ، وقالَ الرسولُ أَوِ المرتَهِنُ : إنَّما أَذنتَ في رَهنِ العبدِ . . حُلِّفَ المُرسِلُ إنَّهُ ما أَذِنَ لَهُ برهنِ العبدِ ، وخرجَ العَبْدُ عنِ الرهنِ بيمينِهِ ، وخرجَ الثوبُ عَنِ الرهنِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يُرهَنْ .

المسأَلةُ الرابعةُ : إذا قالَ المُرسِلُ : أَمرتُكَ برهنِ الثوبِ ، ونهيتُكَ عَنْ رهنِ العبدِ . وأَقامَ علىٰ ذٰلكَ بيِّنَةً ، وأَقامَ الرسولُ بيِّنَةً أَنَّهُ أَذِنَ لَهُ في رَهنِ العبدِ . . فبيِّنَةُ الرسولِ أَولىٰ ؛ لأَنَّهُ يَحتمِلُ أَنْ يكونَ قدْ أَذِنَ لَهُ في رَهنِ العبدِ ، ثُمَّ نهاهُ عَنْ رَهنِهِ ، فلا يَصِحُّ رهنُهُ ، ويَحتمِلُ أَنْ يكونَ قد أَذِنَ لَهُ في رَهنِ الثوبِ ، ونهاهُ عَنْ رَهنِ العبدِ ، ثُمَّ أَذِنَ لَهُ في رَهنِ العبدِ ، فيَصِحُّ ، وإذا ٱحتملَ هٰذا وهٰذا ، فقدْ وُجِدَ مِن الرسولِ عَقْدُ الرهنِ علىٰ العبدِ ، والظاهرُ أَنَّهُ عَقْدٌ صحيحٌ . . فلا يحكم ببُطلانِهِ لأَمرٍ مُحتَمِلٍ) .

مسأَلةٌ : [ٱختلفا في كون الرهن قرضاً أو بيعاً] :

إذا كانَ في يدِ رَجلٍ عبدٌ لغيرِهِ ، فقالَ مَنْ بيدِهِ العبدُ للمالكِ : رهنتني هٰذا العبدَ بألفٍ هيَ لي عليكَ قَرضاً ، وقالَ المالكُ : بَلْ بعتُكَهُ بأَلفٍ هيَ لي عليكَ ثمناً . . حَلفَ

السيِّدُ : أنَّهُ ما رَهنَهُ العبدَ ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ الرهنِ ، ويَحلِفُ مَنْ بيدِهِ العبدُ : أنَّهُ ما ٱشتراهُ ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ الشراءِ ، ويَبطُلُ العقدانِ ، ويَسقطُ المالانِ ، ويُردُّ العبدُ إلىٰ سيِّدِهِ .

وإنْ قالَ مَنْ بيدهِ العبدُ : رَهنتنِي هٰذا العبدَ بألفٍ أقبضتُكَها . وقالَ السيِّدُ : بَلْ رَهنتُكَهُ بألفٍ لَمْ أقبضْها . فالقولُ قولُ السيِّدِ معَ يمينِهِ ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ القبضِ ، فإذا حلفَ . . بَطلَ الرهنُ ؛ لأنَّ الرهنَ إنَّما يَكونُ علىٰ حقٍّ في الذمَّةِ . وَإنْ قالَ مَنْ بيدهِ العبدُ : بعتَنيهِ بألفٍ ، وقالَ السيِّدُ : بَلْ رَهنتُكَهُ بألفٍ . . حَلفَ السيِّدُ : إنَّهُ ما باعهُ العبدَ ، فإذا حَلفَ . . خَرجَ العبدُ مِنْ يدِ مَنْ هوَ بيدهِ ؛ لأنَّ البيعَ زالَ بيمينِ السيِّدِ ، وبَطَلَ الرهنُ ؛ لأنَّ المَالكَ يُقِرُّ لَهُ بهِ ، والمرتَهِنَ يُنكِرُهُ ، ومتىٰ أنكرَ المرتَهِنُ الرهنَ . . زَالَ الرهنُ .

قالَ الشيخُ أبو إسحاقَ في « المهذَّب » ، والمَحامليُّ في « المجموع » : فإنْ قالَ السيِّدُ : رَهنتُكَهُ بألفٍ قَبضتُها منكَ قَرضاً ، وقالَ الذي بيدهِ العبدُ : بَلْ بِعتَنيهِ بألفٍ قَبضتَها منِّي ثمناً . . حَلفَ كلُّ واحدٍ منهما علىٰ نفيِ ما ٱدُّعي عليهِ ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ العقدِ . وعلىٰ السيِّدِ الألفُ ؛ لأنَّهُ مُقِرٌّ بوجوبها .

قلتُ : والذي يقتضي القياسُ عندي : أنَّهُ لا يمينَ علىٰ الذي بيدهِ العبدُ ؛ لأنَّهُ ما ٱرتهنَ العبدَ ؛ لِمَا ذكرناهُ في المسألةِ قبلَها .

مسألَةٌ : [ٱختلفا علىٰ عين أنها رهن أو إجارة] :

وإنْ رهنَهُ عَيناً فوُجدتْ في يدِ المرتَهِنِ ، فقالَ المرتَهِنُ للراهنِ : قَبَضتُها بإذنِكَ رَهناً . وقالَ الراهنُ : لم آذنْ لكَ في قَبضِها ، وإنَّما غَصَبْتَنيها ، أو أَجَرتُها منكَ ، فقَبَضتَها عَنِ الإجارةِ . . فالقولُ قولُ الراهنِ معَ يمينِهِ ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ الإذنِ .

وإنِ ٱتَّفقا علىٰ الرهنِ والإذنِ والقبضِ ، ولٰكنْ قالَ الراهنُ : رجعتُ في الإذنِ قبلَ أنْ تَقبِضَ ، وقالَ المرتَهِنُ : لَمْ تَرجعْ ، ولَمْ تُقِمْ بيِّنةً علىٰ الرجوعِ . . فالقولُ قولُ المرتَهِنِ معَ يمينِهِ : أنَّهُ ما يعلَمُ أنَّهُ رَجَعَ ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ الرجوعِ .

وإنِ ٱتَّفقا علىٰ الرهنِ والإذنِ ، وٱختلفا في القبضِ : فقالَ الراهنُ : لَمْ تَقبِضْ ،

وقالَ المرتَهِنُ : بَلْ قَبَضتُ . . فقدْ قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ في موضعٍ : (القولُ قولُ الراهنِ) . وقالَ في موضعٍ : (القولُ قولُ المرتَهِنِ) .

قالَ أَصحابُنا : ليستْ علىٰ قولينِ ، وإِنَّما هيَ علىٰ ٱختلافِ حالينِ ، فإِنْ كانتِ العينُ في يدِ الراهنِ . . فالقولُ قولُ الراهنِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ القبضِ .

والذي يقتضي المذهبُ عندي : أَنَّهُ يَحلِفُ أَنَّهُ ما يعلَمُ أَنَّهُ قَبَضَ ؛ لأَنَّهُ يَحلِفُ علىٰ نفيِ فعلِ غيرِهِ . وإِنْ كانتِ العينُ في يدِ المرتَهِنِ . . حَلفَ : إِنَّهُ قَبَضَ ؛ لأَنَّ الظاهرَ أَنَّهُ قبضَ بحقٍّ .

فرعٌ : [رجوع الراهن عن إقباض العين للمرتهن] :

وإِنْ أَقرَّ أَنَّهُ رَهَنَ عندَ غيرِهِ عَيناً ، وأَقبَضَهُ إِيّاها ، ثمَّ قالَ الراهنُ للمرتهِنِ : لَمْ تكنْ قَبَضْتَها ، وأَرادَ مَنْعَهُ مِنَ القبضِ . . لَمْ يُقْبَلْ رُجوعُهُ عَنْ إِقرارِهِ بالقبضِ ؛ لأَنَّ إِقرارَهُ لازمٌ . فإِنْ قالَ الراهنُ للمرتهنِ : ٱحلِفْ : أَنَّكَ قَبَضتَها . . قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (أَحلَفتُهُ) . وٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فقالَ أَبو إِسحاقَ : إِنْ كانَ المرهونُ غائباً[1] ، فقالَ : أَقررتُ بالقبضِ ؛ لأَنَّ وكيلي أَخبرني : أَنَّهُ أَقبَضَهُ ، ثمَّ بانَ لي أَنَّهُ لَمْ يُقبِضْهُ . . أُحلِفَ المرتَهِنُ ؛ لأَنَّهُ لا يُكذِّبُ نفسَهُ ، وإِنَّما يدَّعي أَمراً مُحتَمَلاً . فأَمّا إِذا كانَ الرهنُ حاضِراً ، وأَقرَّ أَنَّهُ أَقبضَهُ بنفسهِ ، ثمَّ رَجَعَ ، وقالَ : لَمْ يَقبِضْ . . لَمْ تُسمَعْ منهُ دَعواهُ ، ولَمْ يَحلِفِ المرتَهِنُ ؛ لأَنَّهُ يُكذِّبُ نفسَهُ .

وقالَ أَبو عليِّ بنُ خيرانَ ، **وعامَّةُ أَصحابنا** : يَحلِفُ المرتَهِنُ بكلِّ حالٍ ، **وهوَ ظاهرُ النصِّ** . أَمّا معَ غيبةِ الرهنِ : فلِما ذكرَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ . وأَمّا معَ حضورِهِ : فلأَنَّهُ قدْ يستنيبُ غيرَهُ بالإِقباضِ ، فيخبرُهُ : بأَنَّ المرتَهِنَ قدْ قَبَضَ ، ثمَّ تَبيَّنَ لَهُ أَنَّهُ قدْ خانَ في إِخبارِهِ ، وأَيضاً فإِنَّهُ قد يَعِدُهُ بالإِقباضِ ، فيُقِرُّ لَهُ بِهِ قبلَ فعلِهِ ، فكانتْ دعواهُ محتمَلةٌ . قالوا : وهٰكذا : لو أَنَّ رجلاً أَقرَّ : بأَنَّهُ ٱقترضَ مِن رَجلٍ أَلفاً ، ثمَّ قالَ بعدَ ذٰلكَ : لَمْ

(١) في نسخة : (عيناً) .

أَقبِضْها ، وإِنَّما وَعدَني أَنْ يُقْرِضَني ، فأَقررتُ بهِ ، ثُمَّ لَمْ يفعَلْ . . لَمْ يُحلَّفْ ، وٱستُحلِفَ المُقرِضُ ؛ لأَنَّهُ لا يُكذِّبُ نفسَهُ . فأَمّا إِذا شَهِدَ شاهدانِ : بأَنَّهُ رَهَنَهُ عبدَهُ وأَقبضَهُ ، ثمَّ ٱدَّعىٰ أَنَّهُ لَمْ يُقبِضْهُ ، وطَلَبَ يمينَ المُرتَهِنِ . . لَمْ تُسمعْ دَعواهُ ، ولَمْ يَحلِفِ المُقَرُّ لَهُ ؛ لأَنَّ في ذٰلكَ قَدْحاً في البيِّنَةِ .

مسأَلةٌ : [البيع بشرط أن يرهن عصيراً] :

إِذا باعَهُ شيئاً بشرطِ أَنْ يَرهَنَهُ عصيراً ، فَرَهَنَهُ العصيرَ ، وقَبَضَهُ المرتَهِنُ ، فوجَدَهُ خمراً ، فقالَ المرتَهِنُ : أَقبضْتَنيهِ خمراً ، فليَ الخيارُ في فسخِ البيعِ . وقالَ الراهنُ : بَلْ صارَ خمراً بعدَ أَنْ صارَ في يدِكَ ، فلا خيارَ لَكَ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : أَنَّ القولَ قولُ المرتَهِنِ معَ يمينِهِ ، وهو قولُ أَبي حنيفةَ ، والمُزنيِّ ؛ لأَنَّ الراهنَ يدَّعي قبضاً صَحيحاً ، والأَصلُ عدمُهُ .

والثاني : أَنَّ القولَ قولُ الراهنِ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُما قدِ ٱتَّفقا علىٰ العقدِ والتسليمِ ، وٱختلفا في تغييرِ صِفتِهِ ، والأَصلُ عدمُ التغييرِ وبقاءُ صفتِهِ ، كما لو باعَهُ شيئاً وقَبَضَهُ ، فوَجَدَ بهِ عيباً في يدِ المشتري يُمكنُ حدوثُهُ بيدِهِ . . فإِنَّ القولَ قولُ البائعِ . وإِنْ قالَ المرتَهِنُ : رَهنتَنيهِ وهوَ خمرٌ . وقالَ الراهنُ : رَهنتُكَهُ ، وهوَ عصيرٌ ، وقَبَضتَهُ عصيراً ، وإِنَّما صارَ خمراً في يدِكَ . . فٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فقالَ أَبو عليِّ بنُ أَبي هريرةَ : القولُ قولُ المرتَهِنِ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّهُ لا يُنكِرُ أَصلَ العقدِ .

وقالَ سائرُ أَصحابِنا : هيَ علىٰ قولينِ كالتي قبلَها . **وهوَ المنصوصُ في** « مختصرِ المُزنيِّ » .

فرعٌ : [رهن عبداً ملفوفاً] :

وإِنْ رَهَنهُ عبداً ، وأَقبضَهُ إِيّاهُ مَلفوفاً في ثوبٍ ، فوُجِدَ ميِّتاً ، فقالَ المرتَهِنُ : أَقبضتَنيهِ ميِّتاً . وقالَ الراهنُ : أَقبضتُكَهُ حيّاً ، ثمَّ ماتَ عندَكَ . . ففيهِ طريقانِ :

[أحدُهما] : **قالَ عامَّةُ أصحابِنا** : هيَ علىٰ قولينِ ، كالعصيرِ .

و[الثاني] : قالَ أَبو عليٍّ الطبريُّ : القولُ قولُ المرتَهِنِ ، قولاً واحداً . **والصحيحُ هوَ الأوَّلُ** ؛ لِمَا ذكرناهُ في المسألةِ قبلَها .

مسألَةٌ : [رهنا عبداً علىٰ مئتي دينار] :

إذا كانَ لرجلينِ علىٰ رجلٍ مِئتا دينارٍ ، لكلِّ واحدٍ منهما مِئةٌ ، ولَهُ عبدٌ ، فٱدَّعىٰ عليهِ كلُّ واحدٍ منهما أنَّهُ رَهَنَ عندَهُ العبدَ ، وأَقبَضَهُ إيّاهُ ، ولا بيِّنةَ لَهُما ، فإنْ كذَّبهما . . حَلَفَ لكلِّ واحدٍ منهما يَميناً ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ الرهنِ ، سواءٌ كانَ العبدُ في أيديهِما ، أو في يدِهِ ؛ لأنَّ اليدَ لا يُرجَّحُ بها في العقدِ . وإنْ صَدَّقَ أحدَهُما ، وكذَّبَ الآخرَ . . حُكِمَ بالرهنِ للمصدَّقِ ، وسواءٌ كانَ العبدُ في يدِ المصدَّقِ أو المكذَّبِ ، وهلْ يَحلِفُ الراهنُ للمكذَّبِ ؟ فيهِ قولانِ ، بناءً علىٰ مَنْ أقرَّ بدارٍ لزيدٍ ، ثمَّ أقرَّ بها لعَمرٍو ، هلْ يُغرَّمُ لعَمرٍو قيمتَهُ ؟ فيهِ قولانِ :

فإن قُلنا : يُغرَّمُ . . حَلَفَ هاهُنا ؛ لجوازِ أَنْ يَخافَ اليمينَ ، فيُقِرَّ للمكذَّبِ ، فتَثبُتُ لَهُ القيمةُ .

وإن قُلنا : لا يُغرَّمُ . . لَمْ يَحلِفْ ؛ لأنَّهُ لو أقرَّ لَهُ بعدَ الإقرارِ الأوَّلِ . . لَمْ يُحكَمْ لَهُ بشيءٍ ، فلا فائدةَ في تحليفِهِ .

وإنْ أَقرَّ لَهُما بالرهنِ والتسليمِ ، فٱدَّعىٰ كلُّ واحدٍ منهما أنَّهُ هوَ السابقُ بالرهنِ والتسليمِ . . رَجَعَ إلىٰ الراهنِ ، فإن قالَ : لا أعلمُ السابقَ منكما بذٰلكَ ، فإنْ صدَّقاهُ أنَّهُ لا يعلَمُ ، ولا بيِّنةَ لهُما . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهوَ المنصوصُ ـ : (أَنَّ الرهنَ يَنفسِخُ) ؛ لأنَّهُما قدِ ٱستويا في ذٰلكَ ، والبيانُ مِنْ جهتِهِ قدْ تَعذَّرَ ، فحُكمَ بٱنفساخِ العَقدينِ ، كما نقولُ في المرأَةِ إذا زوَّجها وليّانِ لها مِنْ رَجلينِ ، وتعذَّرَ معرفةُ السابقِ منهما ، وكذٰلكَ الجُمُعتانِ .

والثاني : يُقسمُ بينَهُما ؛ لأنَّهُ يمكنُ قِسمتُهُ بينَهُما ، ويُمكنُ أَنْ يكونَ رَهَنَ عندَ كلِّ واحدٍ منهما نِصفَهُ .

وإِنْ كذَّباهُ ، وقالا : بَلْ هو يَعلمُ السابقَ مِنَ العقدينِ والتسليمَ فيهِ . . فالقولُ قولُ الراهنِ معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ العِلمِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فَيَحلِفُ لكلِّ واحدٍ منهما يميناً : أَنَّهُ لا يَعلمُ أَنَّهُ السابقُ ، فإذا حَلَفَ لهما . . كانتْ علىٰ وجهينِ ، مضىٰ ذِكرُهما :

المنصوصُ : (أَنَّهُ يَنفسخُ العقدانِ) .

والثاني : يُقسمُ بينهما .

وإِنْ نَكَلَ عنِ اليمينِ . . عَرَضْنا اليمينَ عليهما ، فإِنْ حَلَفَ كلُّ واحدٍ منهما : أَنَّ الراهنَ يَعلمُ أَنَّهُ هو السابقُ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : كانتْ علىٰ الوجهينِ الأَوَّلينِ :

المنصوصُ : (أَنَّ الرهنينِ ينفسخانِ) .

والثاني : يُقسَمُ بينَهُما .

وإِنْ حَلَفَ أَحدُهما ، ونَكَلَ الآخرُ . . حُكِمَ بالرهنِ للحالفِ دونَ الآخرِ . وإِنِ ٱعترفَ الراهنُ أَنَّهُ يَعلمُ السابقَ منهما ، وقالَ : هٰذا هو السابقُ ، لَمْ يَخلُ : إِمّا أَنْ يكونَ الرهنُ في يدِ الراهنِ ، أَو في يدِ أَجنبيٍّ ، أَو في يدِ أَحدِ المرتَهِنَيْنِ ، أَو في يدِهما ، فَإِنْ كانَ الرهنُ في يدِ الراهنِ ، أَو في يدِ أَجنبيٍّ ، أَو في يدِ المُقَرِّ لَهُ بالسَّبْقِ . . حُكِمَ بالرهنِ للمُقَرِّ لَهُ ؛ لأَنَّهُ ٱجتمعَ لَهُ اليدُ والإِقرارُ ، وهلْ يَحلِفُ الراهنُ للآخرِ ؟ فيهِ قولانِ ، وحكاهُما الشيخُ أَبو حامدٍ وجهينِ :

المنصوصُ : (أَنَّهُ لا يَحلِفُ لَهُ ؛ لأَنَّهُ لو أَقرَّ للثاني . . لَمْ يُنزَعِ الرهنُ منْ يدِ المُقَرِّ لَهُ ، فلا معنىٰ لاستحلافِهِ) .

والثاني : يَحلِفُ لَهُ ؛ لأَنَّهُ ربَّما خافَ مِنَ اليمينِ ، فأَقرَّ للثاني ، فتُؤخَذُ منهُ القيمةُ ، فتكونُ رهناً مكانَهُ .

فإِذا قلنا : لا يمينَ عليهِ . . فلا كلامَ . وإِنْ قلنا : عليهِ اليمينُ . . نَظرتَ :

فإِنْ حَلفَ للثاني . . ٱنصرفَ .

وإِنْ خافَ مِنَ اليمينِ ، فأَقرَّ للثاني أَنَّهُ رَهَنَهُ أَوَّلاً ، وأَقبَضَهُ . . لَمْ يُقبَلْ هٰذا الإِقرارُ في حقِّ المُقَرِّ لَهُ أَوَّلاً بٱنتزاعِ الرهنِ منهُ ، ولٰكنْ تُؤخَذُ مِنَ المُقِرِّ قيمةُ الرهنِ ، وتُجعَلُ

رهناً عندَ الثاني المُقرِّ لَهُ[١] ؛ لأَنَّهُ حالَ بينَهُ وبينَهُ بإقرارِهِ المتقدِّمِ .

وإِنْ نكلَ عَنِ اليمينِ . رُدَّتْ علىٰ الثاني ، فَإِنْ لَمْ يَحلِفْ . قلنا لَهُ : ٱذهَبْ فلا حقَّ لكَ . وإِنْ حلَفَ ، فإِن قُلنا : إِنَّ يمينَ المدَّعي معَ نكولِ المدَّعىٰ عليهِ كالبيِّنَةِ . ٱنتُزِعَ الرهنُ مِنْ يَدِ الأَوَّلِ ، وسُلِّمَ إِلىٰ الثاني . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، وٱبنُ الصبّاغِ : إِلاّ أَنَّ أَصحابَنا لَمْ يُفرِّعوا علىٰ هٰذا القولِ ، وهٰذا يدلُّ علىٰ ضَعفِهِ . وإِن قُلنا : إِنَّ يمينَ المدَّعي معَ نكولِ المدَّعىٰ عليهِ كالإِقرارِ . فَذَكرَ في « المهذَّبِ » هاهنا ثلاثةَ أَوجهٍ :

أَحدُها ـ ولَمْ يَذكُر في « التعليقِ » و« الشاملِ » غيرَهُ ـ : أَنَّ الرهنَ لا يُنزَعُ مِنْ يدِ الأَوَّلِ ، ويَلزَمُ المُقِرَّ أَنْ يَدفعَ قيمتَهُ إِلىٰ الثاني المُقَرِّ لَهُ ليكونَ رَهناً عندَهُ ؛ لأَنَّهُ حالَ بينَهُ وبينَهُ بإِقرارِهِ الأَوَّلِ .

والثاني : يُجعَلُ بينَهُما ؛ لأَنَّهُما ٱستويا في الإِقرارِ ، ويجوزُ أَنْ يكونَ مَرهوناً عندَهُما ، فجُعِلَ بينَهُما .

والثالثُ : يَنفسخُ الرهنُ[٢] ؛ لأَنَّهُ أَقرَّ لَهُما ، وجُهِلَ السابقُ منهما .

وإِنْ كانَ الرهنُ في يدِ الذي لَمْ يُقِرَّ لَهُ . فقدْ حصلَ لأَحدِهما الإِقرارُ ، وللآخرِ اليدُ ، وفيهِ قولانِ :

أَحدُهما : أَنَّ صاحبَ اليدِ أَولىٰ ، فيكونُ القولُ قولَهُ معَ يمينِهِ : أَنَّهُ السابقُ ، كما لو قالَ : بِعتُ هٰذا العبدَ مِنْ أَحدِهما ، وكانَ في يدِ أَحدِهما . فالقولُ قولُهُ معَ يمينِهِ .

والثاني : أَنَّ القولَ قولُ الراهنِ : أَنَّ الآخرَ هو السابقُ ؛ لأَنَّهُ إِذا ٱعترفَ أَنَّ السابقَ هو الآخرُ . فهو يُقِرُّ أَنَّهُ لَمْ يرهَنْ ممَّنْ بيدِهِ شيئاً ، ومَنْ بيدِهِ يدَّعي ذٰلكَ ، فيكونُ كما لوِ ٱدَّعىٰ عليهِ أَنَّهُ رَهنَهُ .

فإِذا قلنا بهٰذا : فهلْ يَحلِفُ الراهنُ لمنْ هوَ بيدِهِ ؟ علىٰ القولينِ فيمنْ أَقرَّ بدارٍ لزيدٍ ، ثُمَّ أَقرَّ بها لعَمرٍو ، علىٰ ما مضىٰ مِنَ التفريعِ .

وإِنْ كانَ الرهنُ في يدِ المرتَهِنَيْنِ . فقدِ ٱجتمعَ لأَحدِهما اليدُ والإِقرارُ في النِّصفِ ،

---

(١) في النسخ : (المقرّ له الثاني) ، وكذا في الموضع الذي يليه .

(٢) في نسختين : (الرهنان) .

فيكونُ أحقَّ بهِ ، وهلْ يَحلِفُ للآخرِ عليهِ ؟ علىٰ القولينِ .

وأمّا النِّصفُ الذي في يدِ الآخرِ : فهلِ اليدُ أقوىٰ ، أوِ الإقرارُ ؟ علىٰ القولينِ الأوَّلينِ .

فإن قلنا : إنَّ اليدَ أقوىٰ . . حَلَفَ مَنْ هوَ في يدِهِ عليهِ ، وكانَ رهناً بينَهما ، وهلْ يَحلِفُ المُقِرُّ لمَنْ لَمْ يُقِرَّ لَهُ علىٰ النِّصفِ الذي بيدِ المُقَرِّ لَهُ ؟ علىٰ القولينِ .

وإن قلنا : الإقرارُ أولىٰ . . انتزِعَ العبدُ ، فجُعِلَ رهناً للمُقَرِّ لَهُ ، وهلْ يَحلِفُ للآخرِ علىٰ جميعِهِ ؟ علىٰ القولينِ فيمنْ أقرَّ بدارٍ لزيدٍ ، ثُمَّ أقرَّ بها لعَمرٍو **والمنصوصُ هاهنا** : (أنَّهُ لا يُحلَّفُ) .

مسألةٌ : [رهن عبداً وأقبضه] :

إذا رهَنَ عندَ رجلٍ عبداً ، وأقبضَهُ إيّاهُ ، ثُمَّ أقرَّ الراهنُ أنَّهُ جنىٰ قبلَ الرهنِ علىٰ غيرِهِ جنايةً توجبُ المالَ ، أو أتلفَ عليهِ مالاً ، فإنْ لَمْ يُصدِّقْهُ المُقَرُّ لَهُ . . لَمْ يُحكَمْ بصِحّةِ الإقرارِ ؛ لأنَّهُ أقرَّ لِمَنْ لا يَدَّعيهِ . وإنْ صدَّقَهُ المُقَرُّ لَهُ ، فإنْ صدَّقهما المرتَهِنُ . . حُكِمَ بصحّةِ الإقرارِ ، وكانَ للمرتَهِنِ الخيارُ في فسخِ البيعِ إنْ كانَ مشروطاً فيهِ ، وإنْ كذَّبهما المرتَهِنُ . . ففيهِ قولانِ :

أحدُهُما ـ وهوَ الضعيفُ ـ : أنَّ القولَ قولُ الراهنِ ؛ لأنَّهُ غيرُ متَّهَمٍ في هٰذا الإقرارِ ؛ لأنَّ المجنيَّ عليهِ يأخذُ الأرشَ ، ويَبقىٰ حقُّ المرتَهِنِ في ذمَّةِ الراهنِ ، فلا تُهمَةَ عليهِ فيهِ ، وكلُّ مَنْ أقرَّ بما لا تُهمَةَ عليهِ فيهِ . . قُبِلَ ، كالزوجةِ إذا أقرَّتْ بقتلِ العمدِ . . فإنَّهُ يُقبَلُ إقرارُها ، ولأنَّهُ لو أجَّرَ عبدَهُ ، ثُمَّ أقرَّ أنَّهُ جنىٰ قبلَ الإجارةِ . . قُبِلَ إقرارُهُ ، فكذٰلكَ في الرهنِ مثلُهُ .

والقولُ الثاني : أنَّ القولَ قولُ المرتَهِنِ ، وهوَ قولُ أبي حنيفةَ ، والمُزنيِّ ، **وهو الصحيحُ** ؛ لأنَّهُ معنىً يُبطِلُ حقَّ الوثيقةِ مِنْ عينِ الرهنِ ، فلَمْ يَملِكْهُ الراهنُ ، كما لو باعَهُ ، ولأنَّهُ مُتَّهمٌ ؛ لأنَّهُ ربَّما واطأَ[1] المُقَرَّ لَهُ ليُبطِلَ الوثيقةَ ، ويأخذَ العبدَ ، ويخالفُ

---

(١) **واطأ** : وافق .

الإجارةَ ، فإنَّ الإجارةَ عقدٌ على المنفعةِ ، ويمكنُ ٱستيفاءُ المنفعةِ منهُ ، ثُمَّ يباعُ في الجنايةِ .

فإنْ لَمْ يُقِرَّ بأنَّهُ جنىٰ ، ولٰكنْ أقرَّ بعدَ الرهنِ والإقباضِ أنَّهُ كانَ غَصَبَ هٰذا العبدَ ، أوباعَهُ ، أو أَعتقَهُ قبلَ الرهنِ ، وأنكرَ المرتَهِنُ ذٰلكَ . . قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : ففيهِ قولانِ ، كما لو أقرَّ أنَّهُ كانَ جَنىٰ . وقالَ ٱبنُ الصبّاغِ : يَنبغي أنْ يكونَ في الإقرارِ بالعِتقِ قولٌ ثالثٌ : إنْ كانَ موسِراً . . نَفذَ إقرارُهُ ، وإنْ كانَ معسِراً . . لَمْ يَنفُذْ إقرارُهُ ، ويَجري الإقرارُ بهِ مَجرىٰ الإعتاقِ .

فأمّا إذا باعَ عبداً ، ثمَّ أقرَّ أنَّهُ كانَ جَنىٰ قبلَ البيعِ ، أَو كانَ أعتقَهُ ، أَو غَصَبَهُ ، أَو باعَهُ مِنْ غيرِهِ . . لَمْ يُقبَلْ في حقِّ المشتري ، قولاً واحداً ؛ لأنَّ البيعَ يُزيلُ مِلْكَهُ .

وإنْ كاتبَ عبداً ، ثمَّ أقرَّ أنَّهُ كانَ جَنىٰ قبلَ ذٰلكَ . . لَمْ يُقبَلْ أيضاً إقرارُهُ ، قولاً واحداً ؛ لأنَّ المكاتَبَ بمنزلةِ مَنْ زالَ مِلكُهُ عنهُ ؛ لأنَّ أرشَ الجنايةِ عليهِ لا يَرجِعُ إليهِ . وإنْ كاتبَهُ ، ثمَّ أقرَّ أنَّهُ كانَ أعتقَهُ ، أَو باعَهُ قَبْلَ ذٰلكَ . . قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : عَتَقَ في الحالِ ، وسقَطَ المالُ عنهُ ؛ لأنَّ إقرارَهُ بذٰلكَ إبراءٌ مِنهُ لَهُ مِن مالِ المكاتَبَةِ .

إذا ثبتَ هٰذا : رَجَعنا إلىٰ الرهنِ ، فإنْ قلنا : القولُ قولُ الراهنِ . . **فهلْ يَحتاجُ أنْ يَحلِفَ ؟** مِنْ أصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ . وقالَ الشيخُ أبو حامدٍ : هُما وجهانِ :

أحدُهما : أنَّ عليهِ اليمينَ ، وهو ٱختيارُ الشيخِ أبي حامدٍ ، **وهوَ المنصوصُ** ؛ لأنَّ ما قالَهُ يَحتمِلُ الصِّدقَ والكَذِبَ ، فلم يكُنْ بُدٌّ مِنَ اليمينِ ، كما لو ٱدَّعىٰ داراً في يدِ غيرِهِ ، فأنكرَ . . فلا بدَّ مِن يمينِ المنكِرِ ؛ لأنَّهُ يمكنُ صِدقُهُ وكَذِبُهُ .

فعلىٰ هٰذا : إذا حَلَفَ . . فإنَّهُ يَحلِفُ علىٰ البَتِّ والقطعِ ؛ لأنَّها يمينُ إثباتٍ .

والثاني : أنَّهُ لا يَمينَ عليهِ ، وهو ٱختيارُ القاضي أبي الطيِّبِ ؛ لأنَّهُ لو رَجَعَ عَنْ هٰذا الإقرارِ . . لَمْ يُقبَلْ رُجوعُهُ ، فلا مَعنىً لعَرضِ اليمينِ عليهِ .

فإذا قلنا : عليهِ اليمينُ ، فحَلَفَ ، أَو قلنا : لا يمينَ عليهِ ، فإنْ كانتْ قيمةُ العبدِ بقدرِ أرشِ الجنايةِ أَو أقلَّ . . بيعَ العبدُ لأجلِ الأَرشِ ، ولا كلامَ . وإنْ كانَ أَرشُ الجنايةِ أَقلَّ مِنْ قيمةِ العبدِ ، فإن قُلنا : إنَّ رهنَ العبدِ الجاني صحيحٌ . . بيعَ منهُ بقدرِ أَرشِ

الجنايةِ ، وكانَ الباقي منهُ رَهْناً . وإنْ لَمْ يُمكِنْ بيعُ بعضِهِ إلاّ ببيعِ جميعِهِ . . بيعَ جميعُهُ ، وكانَ ما فَضَلَ مِنْ ثمنِهِ عَنْ أَرشِ الجنايةِ رَهناً . وإن قُلنا : إنَّ رهنَ الجاني باطلٌ . . بَطَلَ في قدرِ أَرشِ الجنايةِ ، وهلْ يبطلُ فيما زادَ علىٰ الأَرشِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : أَنَّهُ باطلٌ ، فيكونُ للراهنِ مطلقاً ؛ لأَنَّ تعلُّقَ الأَرشِ بالرقبةِ وإنْ قلَّ يُبطِلُ الرهنَ .

والثاني : لا يَبطُلُ الرهنُ فيما يَفضُلُ عَنْ أَرشِ الجنايةِ ؛ لأَنَّ ما زادَ علىٰ أَرشِ الجنايةِ لا يدَّعيهِ المجنيُّ عليهِ ، فلَمْ يُحكمْ ببُطلانِ الرهنِ فيهِ ، كما لو لَمْ يَدَّعِ المجنيُّ عليهِ الجنايةَ . . فإنَّهُ لا يُحكمُ ببُطلانِ الرهنِ .

فإنِ ٱختارَ السيِّدُ أَنْ يفديَهُ ، إذا قلنا : القولُ قولُهُ . . فبِكمْ يفديهِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : بأَقلِّ الأَمرينِ مِنْ قيمتِهِ ، أَو أَرشِ الجنايةِ .

والثاني : بأَرشِ الجنايةِ بالغاً ما بَلَغَ ، أَو يُسلِّمُهُ للبائعِ[1] ، كما لو ثَبتتْ جنايتُهُ بالبيِّنةِ ، أَو كانَ غيرَ مرهونٍ .

وإذا قلنا : إنَّ القولَ قولُ المرتَهِنِ . . فإنَّ عليهِ اليمينَ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّهُ لو ٱعترفَ بالجنايةِ . . لصحَّ ٱعترافُهُ .

فعلىٰ هٰذا : يَحلِفُ : أَنَّهُ ما يَعلَمُ أَنَّهُ جنىٰ ؛ لأَنَّهُ يَحلِفُ علىٰ نفيِ فعلِ غيرِهِ .

فإنْ حَلَفَ المرتَهِنُ . . بقيَ الرهنُ في العبدِ بحالِهِ ، وهلْ يَلزَمُ الراهنَ أَنْ يُغرَّمَ للمَجنيِّ عليهِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يَلْزَمُهُ ؛ لأَنَّهُ قَدْ فعلَ ما يَلْزَمُهُ في الشرعِ ، وهوَ الإقرارُ ، فإذا منعَ الشرعُ مِنْ قَبولِ إقرارِهِ . . لَمْ يَلْزَمْهُ ضمانٌ .

فعلىٰ هٰذا : إذا رَجَعَ العبدُ إليهِ ، بأَنْ فكَّهُ مِنَ الرهنِ ، أَو أُبرِىءَ مِنَ الدَّينِ ، أَو بيعَ في الدَّينِ ، فَرجَعَ إليهِ ببيعٍ ، أَو هبةٍ ، أَو إرثٍ . . تعلَّقَ الأَرشُ برقبتِهِ ؛ لأَنّا إنَّما مَنَعنا مِنْ نُفُوذِ إقرارِهِ بحقِّ المرتَهِنِ ، وقدْ زَالَ .

---

(١) في نسخة : (للبيع) ، وفي أخرىٰ : (البيع) .

والقولُ الثاني : يَلزَمُهُ أَنْ يُغرَّمَ ؛ لأنَّهُ مَنَعَ مِنْ بيعهِ لأَرشِ الجنايةِ بعقدِ الرهنِ ، فصارَ كما لو قتلَ عبدَهُ ، ثُمَّ أقرَّ أنَّهُ كانَ جنىٰ . . فإنَّهُ يَلزَمُهُ الغُرْمُ للمَجنيِّ عليهِ . ولا فَرقَ بينَ أَنْ يَعلَمَ بالجنايةِ عندَ عقدِ الرهنِ ، أَو لا يَعلمَ ؛ لأَنَّ حقوقَ الآدميِّين تُضمَنُ بالعَمْدِ والخطأ .

فإذا قلنا بهٰذا : فكمْ يَلزَمُهُ أَنْ يُغرَّمَ ؟ فيهِ طريقانِ :

[الطريقُ الأوَّل] : قالَ أبو إسحاقَ : فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : أَقلُّ الأَمرينِ مِنْ قيمتهِ ، أَو أَرشِ الجنايةِ .

والثاني : أَرشُ الجنايةِ بالغاً ما بَلَغَ ، كالمسأَلةِ قبلَها .

و**[الطريقُ الثاني]** : **قالَ أكثرُ أَصحابِنا** : يَلزَمُهُ أَقلُّ الأَمرينِ ، قولاً واحداً ، **وهوَ المنصوصُ** ؛ لأَنَّهُ لا يمكنُ البيعُ هاهُنا ، فهوَ كأُمِّ الولدِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغ : ويمكنُ مَنْ قالَ بالطريقِ الأَوَّلِ أَنْ يُجيبَ عَنْ هٰذا : بأَنَّ هٰذا مُنِعَ مِنْ بيعهِ بالرهنِ بعدَ أَنْ كانَ يمكنُ بيعُهُ بالجنايةِ ، وأُمُّ الولدِ مُنِعَ مِنْ بيعِها قَبلَ الجنايةِ .

فإنْ نَكَلَ المرتَهِنُ عَنِ اليمينِ . . فعلىٰ منْ تُرَدُّ اليمينُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهو المنصوصُ ـ : (أَنَّها تُرَدُّ علىٰ المجنيِّ عليهِ) ؛ لأَنَّ الأَرشَ لَهُ ، فَحُلِّفَ لإِثباتِهِ .

و**[الثاني]** : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : تُرَدُّ علىٰ الراهنِ ؛ لأَنَّهُ هوَ المالكُ للرهنِ ، والخُصُومةُ بينَهُ وبينَهُ فيهِ .

فإذا قلنا : تُرَدُّ اليمينُ علىٰ المَجنيِّ عليهِ ، فنَكَلَ . . فهلْ تُرَدُّ علىٰ الراهنِ ؟ فيهِ قولانِ .

وإن قُلنا : تُرَدُّ علىٰ الراهنِ ، فنَكَلَ . . فهلْ تُرَدُّ علىٰ المَجنيِّ عليهِ ؟ فيهِ قولانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في المُفْلسِ إذا أَقامَ شاهداً علىٰ حقٍّ لَهُ علىٰ غيرهِ ، ولَمْ يَحلِفْ معَهُ . . فهل يُحلَّفُ الغُرماءُ معَهُ ؟ فيهِ قولانِ .

فرعٌ : [عتق الجارية المرهونة] :

ولو أَعتَقَ الراهنُ الجاريةَ المرهونةَ بعدَ الرهنِ والإقباضِ ، أَو أَحْبَلَها ، وٱدَّعىٰ أَنَّ المرتَهِنَ أَذِنَ لَهُ في ذٰلكَ ، فأَنكرَ ، ولا بيِّنَةَ . . فالقولُ قولُ المرتَهِنِ معَ يَمينِهِ ؛ لأنَّ الأَصلَ عدمُ الإذنِ . فإِنْ نكلَ عَنِ اليمينِ . . رُدَّتْ علىٰ الراهنِ ، فإِنْ نَكَلَ . . فهلْ تُرَدُّ علىٰ الجاريةِ ؟ فيهِ طريقانِ :

[أَحدُهما] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في غُرماءِ المُفْلسِ .

و**[الثاني]** : منهمْ مَنْ قالَ : تُرَدُّ عليها اليمينُ ، قولاً واحداً ، **وهو المنصوصُ** ؛ لأَنَّها تُثبِتُ لنفسِها حقّاً ، وهوَ العِتْقُ والاستيلادُ ، بخلافِ غُرماءِ المُفْلِسِ ، فإِنَّهم يُثبتونَ الحقَّ لغيرِهمْ .

فإِنْ حلَفَ الراهنُ أَوِ الجاريةُ ، فإِذا قلنا : يَحلِفا . . ثبتَ العِتْقُ والاستيلادُ ، وبطلَ الرهنُ ، قولاً واحداً . وإِنْ لَمْ يَحلِفْ واحدٌ منهما . . فهوَ كما لو أَعتَقَها ، أَوْ أَحبلَها بغيرِ إِذنِ المرتَهِنِ ، وقد مضىٰ .

مسألةٌ : [قضاه أحد الدينين أحدهما رهن] :

وإِنْ كانَ لرجلٍ علىٰ رجلٍ مِئتا درهَمٍ ، مئَةٌ برهنٍ ، ومِئَةٌ بغيرِ رَهنٍ ، فقضاهُ مِئَةً ، ثُمَّ ٱختلفا : فقالَ الراهنُ : قَضيتُكَها عَنِ المِئَةِ التي بها الرهنُ ، وقالَ المرتَهِنُ : بَلْ أَقبضْتَنيها عَنِ المِئَةِ التي لا رَهنَ بِها ، فإِنِ ٱختلفا في اللَّفظِ ، بأَنْ قالَ الراهنُ : أَنا قلتُ : هيَ عَنِ المئَةِ المرهونِ بِها ، وقالَ المرتَهِنُ : بَلْ قلتَ : هيَ عَنِ المِئَةِ التي لا رَهنَ بها . . فالقولُ قولُ الراهنِ معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّهُ أَعلَمُ بقولِهِ .

وهٰكذا : إِذا ٱتَّفقا أَنَّهُ لَمْ يَتَلَفَّظْ ، وإِنَّما ٱختلفا في نيَّتِهِ . . فالقولُ قولُهُ معَ يَمينِهِ ؛ لأَنَّهُ أَعلمُ بما نَوىٰ . وإِنِ ٱتَّفقا أَنَّهُ لَمْ يَتلفَّظ ولَمْ يَنوِ ، ولٰكنْ قالَ الراهنُ : أُريدُ أَنْ أَجعلَها عَنِ المِئَةِ التي بها الرهنُ ، وقالَ المرتَهِنُ : بَلْ تكونُ عَنِ التي لا رَهنَ بِها ، وكانَ هٰذا بعدَ القضاءِ . . ففيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ أَبو إِسحاقَ : للراهنِ أَنْ يَجعلَها عمّا شاءَ ، كما إِذا طلَّقَ إِحدىٰ نسائِهِ بغيرِ عينِها . . فلَهُ أَنْ يصرِفَهُ إِلىٰ أَيَّتِهِنَّ شاءَ .

و[الثاني] : قالَ أَبو عليٍّ بنُ أَبي هريرةَ : يُصرفُ إِليهما نِصفينِ ؛ لأَنَّهُما متساويانِ في الوجوبِ ، فصُرِفَتْ إِليهما .

فرعٌ : [إبراء المرتَهِن الراهن عن بعض الرهن] :

فإِنْ كانتِ المسأَلَةُ بحالِها ، وأَبرأَهُ المرتَهِنُ عَنْ مِئةٍ ، ثُمَّ ٱختلفا : فقالَ الراهنُ : أَبرأتني عَنِ المئةِ التي بها الرهنُ ، وقالَ المرتَهِنُ : بَلْ أَبرأتُكَ عَنِ المِئةِ التي لا رَهنَ بها ، فإِنِ ٱختلفا في لفظِ المرتَهِنِ أَو في نيَّتِهِ . . فالقولُ قولُهُ معَ يمينِهِ ؛ لِمَا ذكرناهُ في التي قبلَها .

وإِنِ ٱتَّفقا علىٰ أَنَّهُ لَمْ يَتلفَّظْ وَلَمْ ينوِ . . فعلىٰ الوجهينِ في الأُولىٰ :

[أَحدُهما] : قالَ أَبو إِسحاقَ : للمرتَهِنِ أَنْ يَصرِفَهُ إِلىٰ التي لا رَهنَ بها .

و[الثاني] : قالَ أَبو عليٍّ : يَنصرفُ إِليهما نِصفَينِ .

مسأَلَةٌ : [هلاك الرهن بيد المرتَهِن] :

وإِنْ كانَ الرهنُ علىٰ يدِ المرتَهِنِ ، وٱدَّعىٰ هلاكَهُ مِنْ غيرِ تفريطٍ . . فالقولُ قولُهُ معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّهُ أَمينٌ ، فكانَ القولُ قولَهُ في الهلاكِ ، كالمُودَعِ .

وإِنِ ٱدَّعىٰ ردَّهُ ، فأَنكرَهُ الراهنُ فقد قالَ البغداديُّونَ مِنْ أَصحابِنا : لا يُقبلُ قولُهُ مِنْ غيرِ بيِّنةٍ ، بلِ القولُ قولُ الراهنِ . . معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّه قَبَضَ العينَ لمنفعةِ نفسهِ ، فلَمْ يُقبَلْ قولُهُ في الردِّ ، كالمستأْجِرِ . وحكىٰ أَبو عليٍّ السنجيُّ : أَنَّ الخراسانيِّينَ مِنْ أَصحابِنا قالوا : يُقبلُ قولُهُ معَ يمينِهِ ، كما يُقبلُ قولُهُ في الهلاكِ ، كالمُودَعِ .

مسأَلَةٌ : [أذنا في بيع الرهن عند المَحِلِّ بدراهم أو دنانير] :

وإِنْ جَعلا الرهنَ علىٰ يدِ عَدلٍ ، وأَذِنا لَهُ في بيعهِ عندَ المَحِلِّ ، ثُمَّ ٱختلفا فيما يُباعُ بهِ : فقالَ أَحدُهما : بعْ بالدنانيرِ ، وقالَ الآخرُ : بعْ بالدراهِمِ . فإِنَّ الشيخَ أَبا حامدٍ ،

وٱبنَ الصبّاغِ قالا : لا يَبيعُ بقولِ كلِّ واحدٍ منهما ؛ لأَنَّ لكلِّ واحدٍ منهما حقّاً تعلَّقَ بهِ ، فلَمْ يكنْ قَبولُ قَولِ أَحدِهما بأَولىٰ مِنَ الآخرِ ، ولٰكنْ يَرفعُ الأَمرَ إِلىٰ الحاكمِ ، **وهوَ المنصوصُ** في « المختصرِ » ، فيأمرُهُ الحاكمُ بالبيعِ بنقدِ البلَدِ ، وسواءٌ كانَ نقدُ البلَدِ مِمّا طَلَبَ أَحدُهما أَو مِمّا لَمْ يَطلُبْهُ أَحدُهما فإِنْ كانَ الدَّينُ مِنْ نَقدِ البلَدِ . . صُرِفَ الثمنُ إِليهِ ، وإِنْ كانَ مِنْ غيرِ نقدِ البلدِ . . ٱشتريَ لَهُ بما بيعَ بهِ الرهنُ جنسَ حَقِّهِ .

وإِنْ كانَ ما قالَ كلٌّ واحدٍ منهما مِنْ نقدِ البلَدِ ، أَو كانَ في البلَدِ نقدانِ غيرُ ما قالا ، فإِنْ كانَ أَحدُهما أَغلبَ في الاستعمالِ مِنَ الآخرِ . . أَمرَهُ الحاكمُ أَنْ يَبيعَ بالغالبِ . وإِنْ كانا متساويَيْنِ ، فإِنْ كانَ البيعُ بأَحدِهما أَحظَّ لهما . . باعَ بالأَحظِّ لهما . وإِنْ كانا متساويَيْنِ في الحظِّ ، فإِنْ كانَ أَحدُهما مِنْ جِنسِ حقِّ المرتَهِنِ . . باعَ بهِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ أَسهلُ ، وإِنْ كانَ الدَّينُ مِنْ غيرِهما . . باعَ بما هو أَسهلُ صَرفاً إِلىٰ جنسِ الدَّينِ ، وأَقربُ إِليهِ . فإِنِ ٱستويا في ذٰلكَ . . عيَّنَ لَهُ الحاكمُ أَحدَهما ، فباعَ بهِ .

وذكرَ القاضي أَبو الطيِّبِ في « المجرَّد » : أَنَّهُ إِذا قالَ الراهنُ : بِعْهُ بالدراهمِ ، وقالَ المرتَهِنُ : بعْهُ بالدنانيرِ ، وكانتِ الدراهمُ قَدْرَ حَقِّ المرتَهِنِ . . باعَهُ بالدراهمِ ؛ لأَنَّهُ لا غَرضَ للمرتهِنِ في الدنانيرِ .

ولَمْ يَذكُرِ الشيخُ أَبو إِسحاقَ في « المهذَّبِ » : أَنَّهُ يُرفعُ إِلىٰ الحاكمِ ، ولعلَّهُ أَرادَ ذٰلكَ بإِطلاقِهِ .

واللهُ أَعلمُ

* * *

بابُ التفليسِ (١)

الفَلَسُ ـ في اللُّغةِ ـ: مأخوذٌ مِنَ الفُلوسِ وهوَ أخسُّ مالِ الرجلِ الذي يتبايعُ بهِ ، كأنَّهُ إذا أفلسَ . . مُنِعَ مِنَ التصرُّفِ في مالِهِ إلاّ مِنَ الشيءِ التافهِ .

وهوَ ـ في الشرعِ ـ: اسمٌ لِمَنْ عليهِ ديونٌ لا يفي مالُهُ بها .

مسألةٌ : [مطالبة المدين عند حلول الأجل] :

إذا كانَ علىٰ الرجلِ دينٌ ، فلا يخلو : إمّا أنْ يكونَ مؤجَّلاً ، أو حالاً .

فإنْ كانَ مؤجَّلاً . . لَمْ تَجُزْ مطالبتُهُ بهِ قبلَ حلولِ الأجلِ ؛ لأنَّ ذٰلكَ يُسقِطُ فائدةَ التأجيلِ ، فإنْ أرادَ أنْ يسافرَ قبلَ مَحِلِّ الدَّينِ سَفراً يزيدُ علىٰ الأجلِ . . نظرتَ : فإنْ كانَ لغيرِ الجهادِ . . لَمْ يكُنْ للغريمِ منعُهُ ، ولا مطالبَتُهُ بأنْ يُقيمَ لَهُ كفيلاً بدينِهِ ، ولا أنْ يُعطيَهُ رهناً .

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (ويقالُ لَهُ : حقُّكَ حيثُ وضعتَهُ) ، يعني : أنَّكَ رَضيتَ حالَ العقدِ أنْ يكونَ مالُكَ عليهِ بلا رهنٍ ولا ضَمينٍ .

وحكىٰ أصحابُنا ، عَنْ مالكٍ رحمةُ اللهِ عليهِ : أنَّهُ قالَ : (لَهُ مطالبتُهُ بالكفيلِ ، أو الرهنِ) .

---

(١) قال في « الزاهر » (ص/ ٣٢٤) : التفليس : أن تتوىٰ بضاعة الرجل التي يتجر فيها ، فلا يفي ما بقي منها في يده بما بقي عليه من الديون . فإذا ثبت عند الحاكم ذٰلك ، وسأله الغرماء الحَجْر عليه ، ومنعه من التصرف فيما بقي في يديه . . فلَّسه . وقد أفلس الرجل : إذا عدم . وتفالس : إذا ادَّعىٰ الإفلاس . قال ابن فارس : يقولون : أفلس الرجل : صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم . وفي « النهاية » : صار إلىٰ حال يقال : ليس معه فَلس ، وقد أفلس يُفلِسُ إفلاساً فهو مفلس ، وفلَّسه الحاكم تفليساً ، وفي الحديث : « من أدرك ماله عند رجل قد أفلس . . فهو أحقُّ به » .

دليلُنا : أَنَّهُ ليسَ لَهُ مطالبتُهُ بالحقِّ ، فلَمْ يكُنْ لَهُ مطالبتُهُ بالكفيلِ أو الرهنِ ، كما لو لَمْ يُرِدِ السفرَ .

وإِنْ كانَ السفرُ للجهادِ . . ففيهِ وجهانِ :

[**أَحدُهما**] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : لَهُ منعُهُ مِنَ السفرِ إِلىٰ أَنْ يقيمَ لَهُ كفيلاً أَو يُعطيَهُ رهناً بدينِه ؛ لأَنَّ الشافعيَّ رحمَهُ اللهُ قالَ : (ولا يجاهِدُ إلاّ بإِذنِ أَهلِ الدَّيْنِ) . ولَمْ يُفرِّقْ بينَ الحالِّ والمؤجَّلِ ، ولأَنَّ المُجاهِدَ يُعرِّضُ نفسَهَ للقتلِ طلباً للشهادةِ ، فلَمْ يكُنْ بُدٌّ مِنْ إِقامةِ الكفيلِ أَوِ الرهنِ ؛ ليستوفيَ صاحبُ الدَّينِ دينَهُ منهُ .

و[**الثاني**] : منهُم مَنْ قالَ : لا يلزمُهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ الشافعيَّ رحمَهُ اللهُ قالَ : (وإِذا أَرادَ الذي عليهِ الدَّينُ إِلىٰ أَجلٍ السفرَ ، وأَرادَ غريمُهُ منعَهُ ؛ لبعدِ سفرِهِ وقُربِ أَجلِهِ . . لَمْ يكُنْ لَهُ منعُهُ) . ولَمْ يُفرِّقْ بينَ سفرِ الجهادِ وغيرِهِ ، لأَنَّهُ لَمْ يَحِلَّ الدَّينُ ، فلَمْ يَملِكِ المُطالَبَةَ بذٰلكَ ، كما لو كانَ السفرُ لغيرِ الجهادِ .

وإِنْ كانَ الدَّينُ حالاً ، فإِنْ كانَ معسِراً . . لَمْ يَجُزْ مطالبتُهُ ؛ لقولِهِ تعالىٰ : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة : ٢٨٠] . ولا يجوزُ لغريمِهِ[1] ملازمَتُهُ ، وبهِ قالَ مالكٌ رحمةُ اللهِ عليهِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ رحمةُ اللهِ عليهِ : (ليسَ للغريمِ مطالبتُهُ ، ولٰكنْ لَهُ مُلازمَتُهُ ، فيسيرُ معَهُ حيثُ سارَ ، ويجلِسُ معَهُ حيثُ جلسَ ، إلاّ أَنَّهُ لا يمنعُهُ مِنَ الاكتسابِ ، وإِذا رَجَعَ إِلىٰ دارِهِ ، فإِنْ أَذِنَ لغريمِهِ بالدخولِ معهُ . . دخلَ معَهُ ؛ وإِنْ لَمْ يأْذَنْ لَهُ بالدخولِ . . كانَ للغريمِ منعُهُ مِنَ الدخولِ) .

دليلُنا : قولُهُ تعالىٰ : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ . فأَمَرَ بإِنظارِ المُعسِرِ ، فَمَنْ قالَ : إِنَّهُ يلازمُهُ . . فقدْ خالفَ ظاهرَ الآيةِ .

ورويَ : أَنَّ رجلاً أَبتاعَ ثمرةً ، فأُصيبَ بها ، فكثُرَ دينُهُ ، فقالَ النبيُّ ﷺ : « تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ » . فتَصَدَّقوا عَليهِ ، فلَمْ يَفِ بما عليهِ . فقالَ النبيُّ ﷺ لغرمائِهِ :

---

(١) **الغريم** : هنا المدين ، وكذا صاحب الدين ؛ لأَنّه يصير بإلحاحه علىٰ خصمه ملازماً .

« خُذُوا مَا وَجَدتُّمْ ، مَا لَكُمْ غَيْرُهُ »[1] . **وهٰذا نصٌّ** .

ولأنَّ كلَّ مَنْ لا مطالبةَ لَهُ عليهِ . . لَمْ تَجُزْ ملازمَتُهُ ، كما لو كانَ الدَّينُ مؤجَّلاً .

وإنْ كانَ مَنْ عليهِ الدَّينُ يُحسنُ صنعةً . . لَمْ يُجبَر علىٰ الاكتسابِ بها ليُحصِّلَ ما يَقضي بهِ الدَّينَ ، بَلْ إنِ ٱكتسبَ ، وحصَلَ معَهُ مالٌ يَفضُلُ عَنْ نفقتِهِ ونفقةِ مَنْ تلزمُهُ نفقتُهُ . . قضىٰ بهِ الدَّينَ ، وبهِ قالَ مالكٌ ، وأَبو حنيفةَ ، **وعامَّةُ أَهلِ العلمِ** .

وقالَ أَحمدُ ، وإسحاقُ : (يجبرُ علىٰ الاكتسابِ لقضاءِ الدَّينِ) . وبهِ قالَ عمرُ بنُ عبدِ العزيزِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، وعُبيدُ اللهِ بنُ الحسنِ العنبريُّ ، وسوّارٌ القاضي .

دليلُنا : الخبرُ في الرجلِ الذي ٱبتاعَ الثَّمرةَ ، فأَمرَ النبيُّ ﷺ غُرماءَهُ أَنْ يأخذوا ما معَهُ ، وقالَ : « خُذُوْا مَا وَجَدتُّمْ ، مَا لَكُمْ غَيْرُهُ » . ولَمْ يأمُرْهُ بالاكتسابِ لهُم ، ولأَنَّ هٰذا إجبارٌ علىٰ الاكتسابِ ، فلَم يَجِبْ ذٰلكَ ، كما لا يُجبرُ علىٰ قَبولِ الهبةِ والوصيَّةِ ، وكذٰلكَ : لو تزوَّجَ ٱمرأةً بمهرٍ كثيرٍ . . لَمْ يُجبرْ علىٰ طلاقِها قبلَ الدخولِ ليرجعَ إليهِ نِصفُهُ .

فإنْ كانَ موسِراً . . جازَتْ مطالبتُهُ ؛ لقولِهِ تعالىٰ : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة : ٢٨٠] . فأَوجبَ إنظارَ المعسِرِ ، فدَلَّ علىٰ : أَنَّ الموسِرَ لا يجبُ إنظارُهُ ، فإنْ لَمْ يَقضِهِ . . أَمرهُ الحاكمُ بالقضاءِ ، فإنْ لَمْ يفعلْ ، فإنْ كانَ لَهُ مالٌ ظاهرٌ . . باعَ الحاكمُ عليهِ مالَهُ ، وقضىٰ الغريمَ ، وإنْ قضىٰ الحاكمُ الغريمَ شيئاً مِنْ مالِ مَنْ عليهِ الدَّينُ . . جازَ ، وبهِ قالَ مالكٌ ، وأَبو يوسفَ ، ومحمَّدٌ .

---

(١) أخرجه عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه مسلم (١٥٥٦) في المساقاة ، وأبو داود (٣٤٦٩) في البيوع ، والترمذي (٦٥٥) في الزكاة ، والنسائي في « المجتبىٰ » (٤٥٣٠) وفي « الكبرىٰ » (٦١٢١) في البيوع ، وابن ماجه (٢٣٥٦) ، وابن الجارود في « المنتقىٰ » (١٠٢٧) في الأحكام ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٥/ ٣٠٥) في البيوع و(٦/ ٥٠) في التفليس . قال الترمذي : حسن صحيح ، وفي الباب :
عن عائشة ، وجويرية ، وأنس رضي الله عنهم .
وفي الحديث : التعاون علىٰ البر والتقوىٰ ، ومواساة المحتاج ، والحثُّ علىٰ الصدقة ، وأن المعسر لا تحلُّ مطالبته ولا ملازمته .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يجوزُ للحاكمِ أَنْ يبيعَ عليهِ مالَهُ ، ولٰكنْ يحبِسُهُ حتَّىٰ يقضيَ الدَّينَ بنفسِهِ) .

دليلُنا : ما رُويَ : (أَنَّ أَميرَ المؤمنينَ عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ صعدَ المنبرَ ، وقالَ : أَلا إِنَّ الأُسيفعَ أُسيفعَ جهينةَ رضيَ مِنْ دِينِهِ وأَمانتِهِ أَنْ يقالَ : سابقُ الحاجِّ ـ ورُويَ : سَبَقَ الحاجَّ ـ فادَّانَ مُعرِّضاً ، فأَصبحَ وقدْ رينَ بهِ ، فَمنْ كانَ لَهُ ذٰلكَ عليهِ دينٌ . فليحضُرْ غداً ، فإِنّا بايعوا مالِهِ ، وقاسموهُ بينَ غُرمائِهِ) . ورُويَ : (فَمن كانَ لَهُ عليهِ دينٌ . . فليغدُ بالغداةِ ، فلينقسمْ مالُهُ بينَهم بالحِصَصِ)[1] . وهٰذا بمجمعٍ مِنَ الصحابةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُم وأَرضاهُم ، ولَمْ يُنكِر عليهِ أَحدٌ ، فدلَّ علىٰ : **أَنَّهُ إِجماعٌ** .

وقولُهُ : (فادَّانَ مُعرِّضاً) أَي : أَنَّهُ يتعرَّضُ الناسَ ، فيستدينُ ممَّنْ أَمكنَهُ ، ويشتري بهِ الإِبلَ الجيادَ ، ويروحُ في الحجِّ ، ويسبقُ الحاجَّ .

وقولُهُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وأَرضاهُ : (فأَصبحَ وقد رينَ بهِ) يقالُ : رينَ بالرجلِ : إِذا وقعَ فيما لا يستطيعُ الخروجَ منهُ ، ولا قِبَلَ لَهُ بهِ ، ويقالُ لِما عليكَ وعلاكَ : قدْ رَانَ بكَ ، ورانَ عليكَ ، قالَ اللهُ تعالىٰ : ﴿ كَلَّا بَلْ رَانَ عَلَىٰ قُلُوبِهِم مَّا كَانُوا يَكْسِبُونَ ﴾ [المطففين : ١٤] .

---

(١) أخرج خبر قصة عمر مع الأسيفع من طريقين مالك في « الموطأ » (٢/ ١٣٦) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٤٩) في التفليس ، وزاد في آخره : (وإياكم والدين ، فإن أوله هَمٌّ ، وآخرَه حربٌ) ، وفيه : (أما بعد : أيها الناس ، فإن الأسيفع . .) ، وأورده المتقي الهندي في « كنز العمال » (١٥٥٦٤) ، وزاد نسبته إلىٰ عبد الرزاق وأبي عُبيد في « الغريب » [٣/ ٢٧٠] ، وذكره الحافظ ابن حجر في « الإصابة » ت (٤٦٢) ، ثم قالَ : ووصله الدارقطني من طريق زهير بن معاوية ، عن عبيد الله بن عمر ، عن عثمان بن عبد الرحمن ، عن عطية بن دلاف ، عن أبيه ، عن جدِّه ، عن عمر ، بعضَه ، وقال عبد الرزاق عن معمر ، عن أيوب ذكر بعضهم قال : كان رجل من جهينة يبتاع الرواحل ، فيُغلي بها ، فدار عليهِ دين حتىٰ أفلس ، فقام عمر علىٰ المنبر ، فحمد الله ، وأثنىٰ عليهِ ، ثم قال : (لا يغرنَّكم صيامُ رجل ولا صلاته ، ولكن انظروا إلىٰ صدقه إذا حدَّث ، وإلىٰ أمانته إذا ائتمن ، وإلىٰ ورعه إذا استغنىٰ) ، ثم قال : (ألا إن الأسيفع أسيفع جهينة . .) . فذكر نحو ذٰلكَ .

قد رين به : أي أحاط الدين بماله . قاله ابن الأثير في « النهاية » . **الحصص** ـ جمع حصَّة ـ : النصيب والقِسْم ، وتحاصَّ الغرماء : اقتسموا المال بينهم علىٰ مقدار سهمانهم .

قالَ الحسنُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : هوَ الذنبُ علىٰ الذنبِ حتّىٰ يسودَّ القلبُ[١] .

وإنِ أمتنعَ مَنْ عليهِ الدَّينُ مِنَ القضاءِ ، وكتمَ مالَهُ . . عزَّرهُ الحاكمُ ، وحبسَهُ إلىٰ أَنْ يُظهِرَ مالَهُ .

والدليلُ عليهِ : قولُهُ ﷺ : « لَيُّ الواجِدِ يُحِلُّ عُقُوبَتَهُ وَعِرضَهُ »[٢] . و(اللَّيُّ) : المَطْلُ ، يقالُ : لواهُ غَريمُهُ بدَينِهِ يَلويهِ ليّاً[٣] وليّاناً . قالَ الشاعرُ :

تُطيلينَ لَيّاني وأنتِ مَليّةٌ وأُحْسِنُ يا ذاتَ الوِشاحِ التقاضيا[٤]

وقولُهُ : (الواجدُ) يعني : الغنيَّ . وهٰذا كقولِهِ ﷺ : « مَطلُ الغنيِّ ظلمٌ »[٥] وقولُهُ : (يُحِلُّ عِرضَهُ) لَمْ يُرِدْ بهِ : أَنَّهُ يَقذِفُهُ ، ويطعنُ في نسبِهِ ، وإنَّما يقولُ : يا ظالمُ ، يا متعدٍّ . وقولُهُ : (عقوبتَهُ) يعني : حبسَهُ وتعزيرَهُ ، وهوَ كقولِهِ ﷺ : « لصاحبِ الحقِّ اليدُ واللسانُ »[٦] . وأَرادَ باليدِ : الملازمةَ ، وباللسانِ : أَنْ يقولَ : يا ظالمُ ، يا مطّالُ .

---

(١) وذٰلكَ ؛ لأنَّ الرين هو الطبع والتغطية والختم ، فلا ينفذ إليه نور ولا هداية .

(٢) أخرجه عن الشريد بن سويد البخاري تعليقاً في الاستقراض (١٣) ، ومن طريقين أبو داود (٣٦٢٨) في الأقضية ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٦٢٨٨ و ٦٢٨٩) وفي « الصغرىٰ » (٤٦٨٩ و ٤٦٩٠) في البيوع ، وابن ماجه (٢٤٢٧) في الصدقات ، وابن حبان في « الإحسان » (٥٠٨٩) ، والحاكم في « المستدرك » (٤/ ١٠٢) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٥١) في التفليس . قال الحاكم : صحيح الإسناد ، ولم يخرجاه ، وسند ابن حبان حسن .
قال أحمد : **عرضه** : شكواه . **عقوبته** : حبسه . وسيأتي نحوه عن أبي هريرة .

(٣) قال ابن الأثير : وأصله : لَوْياً ، فأدغمت الواو في الياء .

(٤) البيت لذي الرُّمَّة من بحر الطويل ، وأورده في « الديوان » (ص/ ١٣٠٦) ، والهروي في « غريب الحديث » (٢/ ١٧٤) ، وابن فارس في « معجم مقاييس اللغة » (ص/ ٩٤١) .

(٥) أخرجه عن أبي هريرة البخاري (٢٢٨٧) في الحوالة ، ومسلم (١٥٦٤) في المساقاة ، وأبو داود (٣٣٤٥) ، والترمذي (١٣٠٨) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٦٢٩٠) وفي « الصغرىٰ » (٤٦٩١) في البيوع ، وابن ماجه (٢٤٠٣) في الصدقات .
ونحوه عن ابن عمر رضي الله عنهما عند الترمذي (١٣٠٩) ، وابن ماجه (٢٤٠٤) ، وسلف أيضاً عن الشريد .

(٦) أخرج بمعناه عن أبي هريرة رضي الله عنه البخاري (٢٣٠٦) في الوكالة و(٢٣٩٠) في =

وروِيَ : أَنَّ رجلاً كانَ لَهُ علىٰ رجلٍ دينٌ ، فترافعا إلىٰ النبيِّ ﷺ ، فأمرَهُ بمُلازمتِهِ ، ثمَّ إنَّ النبيَّ ﷺ مرَّ بهِ ، فقالَ : « أَحسِنْ إلىٰ أَسيرِكَ » . فسمّاهُ : أَسيراً .

ورُوِيَ : أَنَّ كعبَ بنَ مالكٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ كانَ لَهُ علىٰ رجلٍ دينٌ ، فلازمَهُ في مسجدِ بني حَدْردٍ ، قالَ : فٱرتفعتْ أَصواتُنا ، فسمِعَ النبيُّ ﷺ أصواتَنا ، فقالَ لي : « يا كعبُ ، أَحسِنْ إلىٰ أَسيرِكَ ، خذِ الشطرَ ، ودعِ الشطرَ »[1] . فأَقرَّهُ علىٰ ملازمتِهِ ، وهٰذا محمولٌ علىٰ أَنَّ مَنْ عليهِ الدَّينُ كانَ لَهُ مالٌ ، فكَتَمَهُ ، وأَمَّا إذا لَمْ يكنْ لِمن عليهِ الدَّينُ مالٌ ظاهرٌ ، وقالَ : أَنا مُعْسِرٌ ، وكذَّبَهُ الغريمُ . . نظرتَ :

فإِنْ حصلَ عليهِ الدَّينُ بمعاوضةٍ ، مثلِ : بيعٍ ، أَو سَلَمٍ ، أَو قَرْضٍ ، أَو ثبتَ عليهِ الدَّينُ عَنْ جنايةٍ ، أَو مَهْرٍ ، لٰكنْ قدْ عُرِفَ لَهُ قبلَ ذٰلكَ مالٌ . . لَمْ تُقبلْ دعواهُ أَنَّهُ مُعسِرٌ ؛ لأَنَّهُ قدْ ثَبتَ مِلْكُهُ للمالِ ، والأَصلُ بقاؤُهُ ، فلا يُقبلُ قولُهُ في الإعسارِ ، بَلْ يَحبِسُهُ الحاكمُ . فإِنْ قالَ : غريمي يَعلمُ أَنِّي مُعْسِرٌ ، أَوْ أَنَّ ماليَ هلكَ ، فإِنْ صدَّقهُ الغريمُ علىٰ ذٰلكَ . . خُلِّيَ مِنَ الحبسِ ، وإِنْ كذَّبَهُ . . حلفَ الغريمُ : أَنَّهُ ما يَعلَمُ أَنَّهُ معسِرٌ ، أو أَنَّهُ ما يَعلَمُ أَنَّ مالَهُ هلكَ ، وحُبِسَ مَنْ عليهِ الدَّينُ ، فإِنْ أَرادَ أَنْ يُقيمَ البيِّنَةَ علىٰ تَلَفِ مالهِ . . قُبلتْ شهادةُ عَدلينِ ، سواءٌ كانا مِنْ أَهلِ الخُبرةِ بباطنِهِ أَو لَمْ يكونا ؛

= الاستقراض بلفظ : « دعوه ، فإن لصاحب الحق مقالاً » ، ومسلم (١٦٠١) في المساقاة بلفظ : « إن لصاحب الحقِّ مقالاً » . والمعنىٰ : أن له صولة الطلب وقوّة الحجة ، لكن عليه مراعاة الأدب المشروع .

وأخرجه عن أبي عنبسة الخولاني ابن عدي في « الكامل » (٦/ ٢٢٨١) ، وفيه محمد بن معاوية ، متروك الحديث .

(١) أخرجه عن أحد الثلاثة الذين تيب عليهم كعبِ بن مالك البخاري (٤٥٧) في الصلاة ، باب : التقاضي والملازمة في المسجد و(٢٧١٠) في الصلح ، ومسلم (١٥٥٨) في المساقاة ، وأبو داود (٣٥٩٥) في الأقضية ، والنسائي في « المجتبىٰ » (٥٤٠٨ و ٥٤١٤) في آداب القضاة ، وابن ماجه (٢٤٢٩) في الصدقات ، بلفظ : أن كعب بن مالك تقاضىٰ ابن أبي حدرد ديناً كان له عليه في عهد رسول الله ﷺ في المسجد ، فارتفعت أصواتهما حتىٰ سمعها رسول الله ﷺ وهو في بيته ، فخرج إليهما رسول الله ﷺ حتىٰ كشف سجف حجرته ، ونادىٰ كعب بن مالك ، فقال : « يا كعب » ، فقال : لبيك يا رسول الله ، فأشار إليه أنْ ضعِ الشطر من دَينك ، قال كعب : قد فعلت يا رسول الله ، قال رسول الله ﷺ : « قُمْ فٱقضه » .

لأنَّ كلَّ أحدٍ يُدركُ التلفَ ، فإنْ طلبَ الغريمُ يمينَهُ معَ ذٰلكَ . . لَمْ يَحلِفْ ؛ لأنَّ في ذٰلكَ تكذيباً للشهودِ . وإنْ أرادَ أن يُقيمَ البيِّنَةَ علىٰ الإعسارِ . . لَمْ يُقبلْ إذا لَمْ يكونا مِنْ أهلِ الخِبرةِ الباطنةِ بحالهِ ؛ لأنَّ مِلكهُ علىٰ المالِ قد ثبتَ ، فلا يُقبلُ علىٰ الإعسارِ شهادةُ مَنْ لَمْ يكنْ مِنْ أهلِ الخِبرةِ الباطنةِ بحالِهِ ، وإنْ كانتِ البيِّنةُ مِنْ أهلِ الخِبرةِ الباطنةِ بأمرِهِ . . سُمِعَتْ .

وقالَ مالكٌ رحمةُ الله عليهِ : (لا تُسمعُ ؛ لأنَّها شهادةٌ علىٰ النفيِ ، فَلَمْ تُقبَلْ) .

دليلُنا : ما رويَ : أنَّ النبيَّ ﷺ قالَ لقَبيصَةَ بنِ المُخَارقِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : « لاَ تَحِلُّ ٱلمَسْأَلَةُ إلاّ لِثَلاَثَةٍ : رَجُلٌ تَحَمَّلَ بِحَمَالَةٍ ، فَحَلَّتْ لَهُ ٱلمَسْأَلَةُ حَتّىٰ يُؤَدِّيَهَا ، ثُمَّ يُمْسِكُ ، ورجلٌ أصابتْهُ فاقَةٌ وحاجَةٌ حتّىٰ شَهِدَ أَو تكلَّمَ ثلاثةٌ مِنْ ذَوي الحِجَا مِنْ قومِهِ أَن بهِ حاجةً ، فحلَّتْ لَهُ المسألَةُ حتىٰ يُصيبَ سداداً مِنْ عيشٍ أَو قِواماً »[1] .

وما ذكروهُ مِنْ أنَّها شهادةٌ علىٰ النفيِ ، غيرُ صحيحٍ ؛ لأنَّها وإنْ كانتْ تتضمَّنُ النفيَ ، فهيَ تُثبتُ حالاً يَظهرُ ، ويَقِفُ عليها الشاهدُ ، كما لو شَهِدَ أَنْ لا وارثَ لَهُ غيرُ هٰذا .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنَّ البيِّنَةَ تُسمعُ في الحالِ ، ويخلَّىٰ .

وقالَ أبو حنيفةَ رحمَهُ اللهُ : (لا تُسمعُ في الحالِ ، ويُحبسُ مَنْ عليهِ الدَّينُ شهرينِ) في روايةِ (الأُصولِ) .

وقالَ الطحاويُّ رحمَهُ اللهُ : يحبسُ شهراً ، ورُويَ : ثلاثةَ أشهرٍ ، ورُويَ : أربعةَ أشهرٍ ، حتّىٰ يَغلِبَ علىٰ ظنِّ الحاكمِ أنَّهُ لَو كانَ لَهُ مالٌ لأظهرَهُ . وهٰذا ليسَ بصحيحٍ ، لأنَّ كلَّ بيِّنةٍ جازَ سماعُها بعدَ مدَّةٍ . . جازَ سماعُها في الحالِ ، كسائرِ البيِّناتِ ، وكم

---

(١) سلف عن قَبيصة بلفظ : « إن المسألة لا تحل إلاّ » ، و : « ويا قبيصة ، إن المسألة لا تحل إلاّ » .

الحَمالة : ما يتحمله الإنسان عن غيره من ديةٍ أو غرامة ، والتحمل : أن يحملها عنهم علىٰ نفسه . **الحِجا** : العقل والخبرة . سداداً ، يقال : سداد الدين : أداؤه ، والسِّداد : ما سددت به خللاً أو حاجة . قِواماً : ما يقيم أودَ الإنسان من القوت .

عددُ البيِّنةِ التي يُقبلُ سماعها في الإعسارِ ؟

قالَ البغداديُّونَ مِنْ أصحابِنا : تُقبلُ فيهِ شهادةُ ذكرينِ عدلينِ ، كشهادةِ التَّلفِ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٢٧٥] : لا يُقبلُ أقلُّ مِنْ ثلاثةِ رجالٍ ، ويحلِفُ معهم . ولعلَّهُ يَحتجُّ بخبرِ قبيصةَ بنِ المخارقِ في عددِهم .

فإنْ أقامَ البيِّنةَ علىٰ الإعسارِ ، فقالَ الغريمُ : لَهُ مالٌ باطنٌ لا تَعلمُ بهِ البيِّنةُ ، فطُلِبَ يمينُهُ علىٰ ذٰلكَ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يجبُ عليهِ أَنْ يَحلِفَ ، وهوَ قولُ أَبي حنيفةَ ؛ لأَنَّ فيهِ تَكْذيباً للشهودِ .

والثاني : يجبُ عليهِ أَنْ يَحلِفَ ، فإِنْ لَمْ يَحلِفْ . . حُبِسَ ، ولَمْ يَذكرِ الشيخُ أَبو حامدٍ في « التعليقِ » غيرَهُ ؛ لأَنَّهُ يجوزُ أَنْ يكونَ لَهُ مالٌ باطنٌ خَفيَ علىٰ البيِّنةِ ، وقد يكونُ للأَبِ مالٌ لا يَعلمُ بهِ ٱبنُهُ ، وقدْ يكونُ لأَحدِ الزوجينِ مالٌ لا يَعلمُ بهِ الآخرُ .

وإِنْ ثبتَ عليهِ الدَّينُ في غيرِ مُعاوضةٍ ، مثلِ : أَنْ جنىٰ علىٰ غيرِهِ ، أَو أَتلفَ عليهِ مالاً ، ولَمْ يُعلَمْ لَهُ قبلَ ذٰلكَ مالٌ ، وٱدَّعىٰ أَنَّهُ مُعسِرٌ . . فالقولُ قولُهُ معَ يمينِهِ أَنَّهُ مُعسِرٌ ؛ لأَنَّ الأَصلَ الفقرُ حتّىٰ يُعلَمَ اليسارُ .

ورُوِيَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ لابني خالدٍ رَضِيَ اللهُ عَنهُم : « لا تَيأَسا مِنْ رِزْقِ اللهِ ما ٱهتزَّتْ رُؤُوسُكُما ، فإِنَّ ٱبنَ آدمَ خُلِقَ أَحمرَ ليسَ عليهِ قِشرٌ إِلاّ قِشرتاهُ ، ثُمَّ يَرزُقُهُ اللهُ عزَّ وجلَّ »[1] .

---

(١) أخرجه بألفاظ متقاربة عن حبَّة وسواءِ ابني خالد الأسدي أحمد في « المسند » (٣/ ٤٦٩) ، والبخاري في « الأدب المفرد » (٤٥٣) ، وابن ماجه (٤١٦٥) ، وذكره السيوطي في « الجامع الصغير » (٩٨٧٣) ، وزاد عزوه إلىٰ ابن حبان ، والضياء في « المختارة » ، وأشار لحسنه . قال البوصيري في « زوائد ابن ماجه » : إسناده صحيح ، وسلام بن شرحبيل ذكره ابن حبان في « الثقات » ، ولم أرَ مَن تكلم فيه ، وباقي رجال الإسناد ثقات .

قال ابن الأثير : المراد بالقشر : اللِّباس . ومنه خبر : « إن الملَك يقول للصبي المنفوس : خرجت إلىٰ الدنيا وليس عليك قشر » . ومن المعلوم : أن الله تعالىٰ ضمن الرزق لعباده ، فاليأس من ذٰلكَ الضمان من ضعف الاستيقان .

فإذا حلفَ ، ثُمَّ ظهرَ لَهُ غريمٌ آخرُ . . قالَ الصيمَريُّ : لَمْ يَحلِفْ لَهُ ثانياً ؛ لأَنَّهُ قد ثَبتَ إعسارُهُ باليمينِ الأُولىٰ .

وإنْ كانَ في يدِهِ مالٌ ، فقالَ : هو لزيدٍ وديعةٌ ، أَو مضاربةٌ ، فإنْ كانَ المُقَرُّ لَهُ غائباً . . حَلَفَ مَنْ عليهِ الدَّينُ ، وسَقطتْ عنهُ المُطالبةُ ؛ لأَنَّ الأَصلَ العُسرةُ ، وما ذَكرهُ مُمكِنٌ . وإنْ كانَ المُقَرُّ لَهُ حاضراً . . رُجِعَ إليهِ ، فإنْ كذَّبَهُ . . قُسِمَ المالُ بينَ الغُرماءِ ، وإنْ صدَّقهُ . . حُكِمَ بهِ للمُقَرِّ لَهُ ، فإنْ طَلَبَ الغَريمُ يَمينَ المُقَرِّ لَهُ أَنَّهُ صادقٌ في إقرارِهِ . . فهلْ يجبُ إحلافُهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَجبُ إحلافُهُ ؛ لأَنَّهُ لو رَجَعَ عَنْ إقرارِهِ . . لَمْ يُقبلْ ، فلا معنىٰ لإحلافِهِ .

والثاني : أَنَّهُ يجبُ إحلافُهُ ، فإنْ لَمْ يَحلِفْ . . حُبسَ ؛ لجوازِ أَنْ يكونَ قدْ واطأَ المُقَرَّ لَهُ علىٰ ذٰلكَ .

فإنْ طَلَبَ الغريمُ يمينَ المُقَرِّ لَهُ أَنَّ المالَ لَهُ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فعندي : أَنَّهُ يَحلِفُ ؛ لأَنَّهُ لَو أَكذَبَ المُقِرَّ . . ثبتَ المالُ للغرماءِ ، فإذا صدَّقَهُ . . حَلَفَ .

إذا ثبتَ هٰذا : فكلُّ موضعٍ حَكمنا بإعسارِهِ بالبيِّنَةِ أَو بيمينِهِ . . فإنَّهُ لا يُحبسُ ، وكلُّ موضعٍ لَمْ نَحكمْ بإعسارِهِ . . وجَبَ حبسُهُ ، ولا غايةَ للحبسِ عندَنا ، بَلْ يُحبسُ حتّىٰ يَكشِفَ عنهُ ثلاثاً أَو أَربعاً ، فمتىٰ ثَبتَ إعسارُهُ . . خُلِّيَ ، ولا تُغفَلُ المسأَلةُ عنهُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ رحمَهُ اللهُ في روايةِ (الأُصولِ) : (يُحبسُ أَربعةَ أَشهرٍ) . وقالَ في موضعٍ : (ثلاثةَ أَشهرٍ) . وقالَ في موضعٍ : (أَربعينَ يوماً) . وقالَ في موضعٍ : (يُحبسُ شهراً) .

قالَ أَصحابُهُ : لَيسَ هٰذا علىٰ سبيلِ التحديدِ ، وإنَّما هو علىٰ قَدرِ حالِ المُفْلِسِ ، فإنْ كانَ مِمَّنْ لا يُعلَمُ بحالِهِ إلاّ بحبسِ أَربعةِ أَشهرٍ . . حُبِسَ قَدَرَ ذٰلكَ ، وكذٰلكَ إذا كانَ لا يُعلَمُ بحالِهِ إلاّ بحبسِ ثلاثةِ أَشهرٍ . . حُبِسَ قَدَرَ ذٰلكَ .

دليلُنا : أَنَّهُ لا سبيلَ إلىٰ العلمِ بحالهِ مِنْ طريقِ القطعِ ، وإنَّما يُعلَمُ بحالِهِ مِنْ طريقِ الظاهرِ ، وذٰلكَ يُعلمُ بحَبْسِ ثلاثةِ أَيّامٍ أَو أَربعةٍ وما أَشبهَ ذٰلكَ .

وإذا حَبسَهُ الغريمُ . . فليسَ لَهُ منعُهُ في الحبسِ مِنَ النومِ والأكلِ ، وفي نفقتِهِ في الحبسِ وجهانِ ، حكاهُما الصيمريُّ في « الإيضاحِ » :

[أحدُهما] ـ وهوَ المذهبُ ـ : أنَّها في مالِ نفسِهِ .

والثاني : أنَّها على الغريمِ ، فإنْ كانَ المحبوسُ ذا صَنعةٍ . . فقدْ قالَ الصيمَريُّ : قَدْ قيلَ : يُمكَّنُ منها ؛ لأنَّهُ يَقضِي بما يُحصِّلُ منها دينَهُ . وقيلَ : يُمنعُ مِنها إذا عُلِمَ أنَّ ذٰلكَ يُراخي أمرَهُ ، ولا معصيةَ عليهِ بتركِ الجُمُعةِ والجماعةِ إنْ كانَ مُعْسراً .

قالَ الصيمَريُّ : وقيلَ : يَلزمُهُ ٱستئذانُ الغريمِ عندَ ذٰلكَ حتّىٰ يَمنعَهُ ، فيَسقُطُ عنهُ الحضورُ .

فرعٌ : [حاجة السجين إلىٰ من يخدُمه] :

فإنْ مرضَ في الحبسِ ، ولَمْ يجدْ مَنْ يَخدُمُهُ في الحبسِ . . أُخرِجَ . وإنْ وَجدَ مَنْ يَخدُمهُ في الحبسِ . . فهل يجبُ إخراجُهُ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهما الصيدلانيُّ . وإنْ جُنَّ في الحبسِ . . أُخرِجَ . وإذا حُبِسَ بقولِ جماعةٍ مِنَ الغُرماءِ . . لَمْ يكنْ لواحدٍ منهم أَنْ يُخرجَهُ حتّىٰ يجتمعوا علىٰ إخراجِهِ . وإنْ حُبِسَ بطلبِ غَريمٍ ، ثُمَّ حَضَرَ غريمٌ آخرُ ، فطَلَبَ أَنْ يُخرَجَ ليدَّعيَ عليهِ . . أُحضِرَ ، فإذا ثَبتَ لَهُ عليهِ حقٌّ ، وطَلَبَ أَنْ يُحبسَ لَهُ . . حُبسَ ، ولا يجوزُ إخراجُهُ إلاّ بٱجْتماعِهما . وإنْ ثبتَ إعسارهُ . . أَخرجَهُ الحاكمُ مِنْ غيرِ إذنِ الغريمِ .

قالَ الصيدلانيُّ : وإذا لَمْ يكنْ للمُفلِسِ[1] مالٌ . . فهلْ لَهُ أَنْ يَحلِفَ : أَنَّهُ لا حقَّ عليهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : لَهُ أَنْ يَحلِفَ ، وينويَ أَنْ ليسَ عليهِ اليومَ حقٌّ يلزمُهُ الخروجُ إليهِ منهُ .

والثاني : ليسَ لَهُ أَنْ يحلِفَ ؛ لأنَّ الحاكمَ إذا كانَ عادلاً . . لا يحبسُهُ إلاّ بعدَ الكشفِ عَنْ حالِهِ .

---

(١) في (م) : (للمعسر) .

مسأَلةٌ : [ثبوت الديون مجلبة للحجر] :

وإذا ثَبتتِ الديونُ علىٰ رجلٍ إمّا بالبيِّنةِ ، أو بٱعترافِهِ ، أو بأيمانِ المدَّعينَ عندَ نكولِهِ ، وسأَلَ الغُرماءُ الحاكمَ أَنْ يحجُرَ عليهِ . . نَظَرَ الحاكمُ في مالِهِ :

فإِنْ كانَ يفي بما عليهِ مِنَ الدَّينِ . . لَمْ يَحجُرْ عليهِ ، بَلْ يأمرُهُ بقضاءِ الدَّينِ ، فإِنِ ٱمتنعَ . . باعَ عليهِ الحاكمُ مالَهُ ، وقضىٰ أَصحابَ الديونِ ، خلافاً لأَبي حنيفةَ رحمَهُ اللهُ ، وقد مضتْ هٰذهِ المسأَلةُ ، وهلْ تُقوَّمُ الأعيانُ التي عليهِ أَثمانُها ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما ٱبنُ الصبّاغِ :

أَحدُهما : لا يُقوِّمُها ؛ لأَنَّ لأَربابِها الرجوعَ فيها ، فلا تُحتسبُ أَثمانُها عليهِ ، فلَمْ يُقوِّمْها عليهِ معَ مالِهِ .

والثاني : يُقوِّمُها ؛ لأَنَّ أَصحابَها بالخيارِ : بينَ أَنْ يَرجِعوا فيها ، وبينَ أَنْ لا يَرجِعوا فيها ، ويطالبوهُ بالثمنِ .

وإِنْ قُوِّمَ مالُهُ ، فوجدوهُ لا يفي بديونِهِ . . لَمْ يَحجُرِ الحاكمُ عليهِ قبلَ سؤالِ الغُرماءِ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ لا ولايةَ لَهُ عليهِ في ذٰلكَ . وإِنْ سألَ الغُرماءُ أَو بعضُهُم الحاكمَ الحجرَ عليهِ بعد ذٰلكَ . . حَجَرَ عليهِ ، وباعَ عليهِ مالَهُ ، وبهِ قالَ مالكٌ رحمةُ اللهِ عليهِ ، ومحمَّدٌ ، وأَبو يوسفَ رحمهما اللهُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ رحمَهُ اللهُ : (لا يَحجُرُ عليهِ ، ولا يَبيعُ عليهِ مالَهُ ، بلْ يحبِسُهُ حتّىٰ يقضيَ ما عليهِ) .

دليلُنا : ما رُويَ : (أَنَّ معاذَ بنَ جبلٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ رَكِبَهُ الدَّينُ علىٰ عهدِ رسولِ اللهِ ﷺ ، فكلَّمَ غُرماؤُهُ النبيَّ ﷺ ، فحَجَرَ عليهِ ، وباعَ عليهِ مالَهُ حتّىٰ قامَ معاذٌ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بغيرِ شيءٍ)[1] .

---

(١) أخرج خبر عبد الرحمن بن كعب بن مالك ، عن أبيه الدارقطني في « السنن » (٤/ ٢٣٠ ـ ٢٣١) ، والحاكم في « المستدرك » (٣/ ٢٧٣) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٤٨) . قال في « التعليق المغني » : ورواه سعيد بن منصور في « سننه » مرسلاً ، وفيه : =

وفي روايةٍ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ خَلَعَ مالَهُ لَهُم) يعني : لغرمائِهِ[1] ، وهٰذا يَحتمِلُ تأْويلينِ :

أَحدُهما : أَنَّ مالَهُ لَمْ يَفِ بالدَّينِ ، فحجرَ عليهِ ، فيكونُ معنىٰ قولِهِ : (خَلَعَ) أَي : حَجَرَ عليهِ .

والثاني : أَنَّ معنىٰ قولِهِ : (خَلَعَ مالَهُ لَهُم) أَي : باعَ مالَهُ لَهم .

ورَوىٰ أَبو سعيدٍ الخدريُّ : أَنَّ رجلاً أُصيبَ في ثمارٍ اَبتاعَها ، فقالَ رسولُ الله ﷺ : « تصدَّقُوا عَلَيْهِ » . فلَمْ يَفِ بما عليهِ ، فقالَ رسولُ الله ﷺ : « خُذوا مالَهُ ، ليسَ لكُم إلاّ ذٰلكَ » . ولَمْ يُرِد بقولِهِ ﷺ : « خُذوا مالَهُ » أَي : اَنتهبوا مالَهُ ، وإِنَّما أَرادَ ﷺ : خذوهُ بالحِصَصِ .

وأَبو حنيفةَ يقولُ : (ليسَ لَهم أَنْ يَأخُذوهُ إلاّ أَنْ يُعطيَهم إِيّاهُ) . وهٰذا يخالفُ الخبرَ .

وإِنْ كانَ لَهُ مالٌ يفي بدينِهِ ، إِلاّ أَنَّ أَماراتِ الفَلَسِ ظهرتْ بهِ ، بأَنْ كانَ مالُهُ بإِزاءِ دينِهِ ، ولا وجهَ لنفقتِهِ إِلاّ مِمّا بيدِهِ ، أو كانَ لَهُ وجهُ كَسبٍ إِلاّ أَنَّ قدْرَ النفقةِ أَكثرُ مِمّا يحصلُ لَهُ بالكسبِ . . فهلْ للحاكمِ أَنْ يحجُرَ عليهِ إِذا سأَلَهُ الغُرماءُ ذٰلكَ ؟ حكىٰ الشيخُ أَبو إِسحاقَ في ذٰلكَ قولينِ ، وحكاهُما الشيخُ أَبو حامدٍ ، واَبنُ الصبّاغِ وجهينِ :

أَحدُهما : لا يجوزُ الحَجْرُ عليهِ ، بَلْ يأمُرُهُ الحاكمُ بقضاءِ الدَّينِ علىٰ ما بيّنّاهُ ؛ لأَنَّ الحَجْرَ إِنَّما يكونُ علىٰ المُفلِسِ ، وهٰذا ليسَ بمُفلِسٍ .

= (فلو تركوا أحداً . . من أجل أحدٍ لتركوا معاذاً من أجل رسولِ الله ﷺ) . وقال عنه ابن الطلاّع في « الأحكام » : هٰذا حديث ثابت ، وكذا نقله الشوكاني في « نيل الأوطار » .

(١) أخرجه عن ابن كعب عبد الرزاق في « المصنف » (١٥١٧٧) ، ومن طريقه البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/٤٨) في التفليس . وأورده ابن حجر في « تلخيص الحبير » (٣/ ٤٤) ، فقالَ : وخالفه عبد الرزاق ، وابن المبارك عن معمر ، فأرسلاه ، ورواه أبو داود في « المراسيل » من حديث عبد الرزاق مرسلاً مطوّلاً ، قال عبد الحقّ : المرسل أصحُّ ، وكان ذٰلكَ في سنة تسع ، وحصل لغرمائه خمسة أسباع حقوقهم ، فقالوا : يا رسول الله ، بِعه لنا ، قال : « ليس لكم إليه سبيل » .

والثاني : يَحجُرُ عليهِ ؛ لأنَّ الظاهرَ مِنْ حالِهِ أنَّ مالَهُ يَعجِزُ عَنْ ديونِهِ ، والحجرُ يجوزُ بالظاهرِ ، أَلا ترىٰ أَنَّ السفيهَ يجوزُ الحجرُ عليهِ ؛ لأَنَّ الظاهرَ منهُ التبذيرُ وإِنْ كانَ يجوزُ أَلاّ يُبذِّرَ ؟

مسأَلةٌ : [الإشهاد علىٰ الحَجْر] :

وإذا حجرَ الحاكمُ عليهِ . . فالمستحبُّ : أَنْ يُشهِدَ علىٰ الحَجْرِ ، ويأمرَ منادياً فيُنادي في البلدِ : أَلاَ إِنَّ الحاكمَ قَدْ حَجَرَ علىٰ فلانِ بنِ فلانٍ ؛ لأَنَّهُ إذا لَمْ يفعلْ ذٰلكَ . . ٱغترَّ الناسُ بهِ ، فيعاملونَهُ ، فيؤدِّي إِلىٰ الإضرارِ بهِم ، فإذا عاملوهُ بعدَ عِلمِهِم بالحَجْرِ . . فقدْ دخلوا علىٰ بصيرةٍ ، ولأَنَّ هٰذا الحاكمَ ربَّما ماتَ أَو عُزِلَ ، فَوُلِّيَ غيرُهُ ، فإذا أَشهدَ الأَوَّلُ علىٰ الحَجْرِ . . أَمضاهُ الثاني ، ولا يَحتاجُ إِلىٰ ٱبتداءِ حجرٍ عليهِ .

فرعٌ : [الحجر للإفلاس يعلق الديون بماله] :

وإذا حَجَرَ الحاكمُ علىٰ المُفلِسِ . . تعلَّقتْ ديونُ الغُرماءِ بمالِهِ ، ومُنِعَ مِنَ التصرُّفِ بمالِهِ .

وقالَ أَبو حنيفة : (لا تتعلَّقُ الديونُ بمالِهِ ، ولا يُمنعُ مِنَ التصرُّفِ بمالِهِ ، بلْ يحبِسُهُ الحاكمُ حتّىٰ يقضيَ ما عليهِ مِنَ الدَّينِ) .

دليلُنا : ما رُويَ : (أَنَّ معاذَ بنَ جبلٍ رَكبتْهُ الديونُ علىٰ عهدِ رسولِ اللهِ ﷺ ، فكلَّمَ النبيَّ ﷺ غُرماؤُهُ ، فلَمْ يَزِدْ علىٰ أَنْ خَلَعَ مالَهُ لهُم) . وأَقلُّ ما يقتضي الخَلْعُ : أَنَّهُ منعَهُ مِنَ التصرُّفِ بمالِهِ .

وروىٰ أَبو سعيدٍ الخدريُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : أَنَّ رجلاً أُصيبَ بثمارٍ ٱبتاعَها ، فلَمْ يَفِ مالُهُ بدَينِه ، فقالَ النبيُّ ﷺ : « خُذوا مالَهُ ، ليسَ لكُمْ إِلاّ ذٰلكَ » . وفي إِذنِهِ ﷺ لَهُم بأخذِ مالِهِ . . منعٌ مِنَ التصرُّفِ فيهِ .

وإذا تصرَّفَ المُفلِسُ بعدَ الحَجْرِ . . نظرتَ :

فإِنْ تصرَّفَ في ذِمَّتِهِ ، بأَنِ ٱقترضَ ، أَوِ ٱشترىٰ شيئاً بثمنٍ في ذِمَّتِهِ ، أَو أُسلِمَ إِليهِ في

شيءٍ . . صحَّ ذٰلكَ ؛ لأنَّ الحَجْرَ عليهِ في أَعيانِ مالِهِ ، فأمّا ذِمَّتُهُ . . فلا حَجْرَ عليهِ بها لأَنَّهُ لا ضررَ علىٰ الغُرماءِ فيما يثبُتُ عليهِ بذِمَّتِه . ومَن باعَهُ شيئاً أَو أَقرضَهُ بعدَ الحَجْرِ . . لَمْ يُشارِكِ الغُرماءَ بمالِهِ ؛ لأَنَّهُ إِنْ علِمَ بالحَجْرِ . . فقدْ دَخلَ علىٰ بصيرةٍ . وإِنْ لَمْ يعلَمْ بهِ . . فقدْ فرَّطَ في تركِ السؤالِ عنهُ ، وهلْ تُقسَمُ الأَعيانُ التي ٱشتراها بثمنٍ في ذِمَّتِهِ بعدَ الحَجْرِ بينَ الغُرماءِ الأَوَّلين ، أَو يكونُ بائعوها أَحقَّ بها ؟ فيهِ وجهانِ ، يأتي ذِكرهُما في موضعِهما .

وإِنْ تصرَّفَ المُفلِسُ بشيءٍ مِنْ أَعيانِ مالِهِ بأَنْ باعَ ، أَو وهبَ ، أَو أَقرضَ ، أَو أَعتقَ . . فهلْ يَصِحُّ تصرُّفُهُ بها ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : أَنَّ تصرُّفَهُ موقوفٌ ، فإِنْ كانَ فيما بقيَ مِنْ مالِهِ وفاءٌ بدينِهِ . . نَفَذَ تصرُّفُهُ ، وإِنْ لَمْ يكُنْ فيهِ وفاءٌ بدينِهِ . . لَمْ ينفُذْ تصرُّفُهُ ، وهوَ أَضعفُ القولينِ ؛ لأَنَّ مَنْ صحَّ ٱبتياعُهُ في ذمَّتِهِ . . صحَّ بيعُهُ لأَعيانِ مالِهِ ، كغيرِ المفلِسِ ؛ ولأَنَّهُ حُجِرَ عليهِ لحقِّ الغيرِ ، فكانَ تصرُّفُهُ صحيحاً موقوفاً ، كالحَجْرِ علىٰ المريضِ ، وفيهِ ٱحترازٌ مِنْ تصرُّفِ المحجورِ عليهِ للسفَهِ .

والقولُ الثاني : أَنَّ تصرُّفَهُ باطلٌ ، وهو قولُ ٱبنِ أَبي ليلىٰ ، والثوريِّ ، ومالكٍ رحمةُ اللهِ عليهم ، وٱختيارُ المزنيِّ ، **وهو الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ حَجْرٌ ثَبتَ بالحاكمِ ، فلَمْ يَصِحَّ تصرُّفُهُ فيهِ ، كالسفيهِ ، ولأَنَّ كلَّ مَنْ تعلَّقَ بمالِهِ حقُّ الغيرِ[1] . . وَجبَ أَنْ يكونَ ممنوعاً مِنَ التصرُّفِ فيهِ ، كالرهنِ لا يصِحُّ تصرُّفُ الراهنِ بهِ .

فإِذا قلنا : إِنَّ تصرُّفَهُ باطلٌ في أَعيانِ مالِهِ . . رُدَّ جميعُ ما باعَ أَو وهبَ أَوْ أَعتقَ ، وقُسِمَ مالُهُ بينَ الغُرَماءِ ، فإِنْ وفّىٰ مالُهُ بدينِهِ ، بأَنْ زادتْ قيمتُهُ ، أَو أُبرِئَ مِنْ بَعضِ دينهِ ، وفَضَلَ ما كانَ تَصرَّفَ فيهِ عنِ الدَّينِ . . لَمْ يُحكمْ بصحَّةِ تصرُّفهِ الأَوَّلِ ؛ لأَنَّهُ وَقعَ باطلاً .

فعلىٰ هٰذا القولِ : إِنْ باعَ عيناً مِنْ أَعيانِ مالِهِ مِنْ غريمِهِ بدينِهِ الذي لَهُ عليهِ . . فهلْ يَصِحُّ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهما في « العُدَّةِ » :

---

(١) في نسخة : (للغرماء) .

[أحدُهما] : قالَ صاحبُ « التلخيصِ » : يَصِحُّ ؛ لأنَّ الحَجْرَ عليهِ للدَّينِ ، فبيعُهُ بذٰلكَ الدَّينِ يوجبُ سُقوطَهُ .

والثاني : لا يَصِحُّ ، وهو قولُ الشيخِ أبي زيدٍ ؛ لأنَّ الحَجْرَ علىٰ المفلِسِ ليسَ مقصوراً[1] علىٰ هٰذا الغريمِ ؛ لأنَّهُ ربَّما ظهرَ لَهُ غريمٌ آخرُ .

وإن قُلنا : إنَّ تصرُّفَهُ صحيحٌ موقوفٌ . . قُسِمَ مالُهُ بينَ غُرَمائِهِ ، فإنْ وفَّىٰ مالُهُ بدَينِهِ غيرِ الذي تصرَّفَ فيهِ . . نَفَذَ تصرُّفُهُ . وإنْ لَمْ يفِ مالُهُ إلاّ بنَقضِ جميعِ ما تصرَّفَ فيهِ . . نُقِضَ جميعُ ما تصرَّفَ فيهِ . وإنْ لَمْ يفِ مالُهُ بدينِهِ ، إلاّ ببعضِ الأعيانِ التي تصرَّفَ فيها . . نُقِضَ منها شيءٌ بعدَ شيءٍ . وما الذي يُنقَضُ أوَّلاً ؟ فيهِ وجهانِ :

[أحدُهما] : قالَ الشيخُ أبو حامدٍ ، **وعامَّةُ أصحابِنا** : يُنقَضُ الأضعفُ ، فالأضعفُ وإنْ كانَ متقدِّماً في التصرُّفِ .

فعلىٰ هٰذا : تُنقضُ الهبةُ أوَّلاً ؛ لأنَّها أضعفُ ؛ لأنَّهُ لا عِوَضَ فيها ، ثُمَّ البيعُ بعدَها ؛ لأنَّهُ يَلحَقُهُ الفسخُ .

قالَ ابنُ الصبّاغِ : ثُمَّ العِتْقُ ، ثُمَّ الوقفُ .

والذي يقتضي القياسُ عندي علىٰ هٰذا : أنَّ الوقفَ يُنقضُ أوَّلاً قبلَ العِتقِ ؛ لأنَّ العِتْقَ أقوىٰ مِنَ الوقفِ ، بدليلِ : أنَّهُ يسري إلىٰ مِلْكِ الغيرِ ، والوقفُ لا يَسري إلىٰ مِلْكِ الغيرِ .

والوجهُ الثاني : وهوَ قولُ صاحبِ « المهذَّبِ » : أنَّهُ يُنقَضُ من تصرُّفِهِ الآخِرُ ، فالآخِرُ ، عِتقاً كانَ أو غيرَهُ ، كما قلنا في تبرُّعاتِ المريضِ المُنجَزَةِ إذا عَجزَ عنها الثُّلُثُ . . فإنَّهُ يُنقَضُ الآخِرُ فالآخِرُ .

مسألةٌ : [إفلاس أحد المتبايعين بالخيار] :

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (ولو تبايعا بالخيارِ ثلاثاً ، فَفَلِسا أو أحدُهما . . فلكلِّ واحدٍ منهما إجازةُ البيعِ ، وردُّهُ دونَ الغُرماءِ ؛ لأنَّهُ ليسَ بمستحدَثٍ) . وهٰذا كما

---

(١) في نسختين : (بمقصود) .

قالَ : إِذا تبايعَ رجلانِ ، وبينهما خيارُ الثلاثِ ، أَو خيارُ المجلسِ ، ثُمَّ حُجِرَ عليهما ، أَو علىٰ أَحدِهما بالإِفلاسِ قبلَ ٱنقضاءِ الخِيارِ .

ومعنىٰ قولِ الشافعيِّ رحمَهُ اللهُ : (ففَلِسا) أَي : حُجِرَ عليهما ، وحُكِمَ عليهما بالإِفلاسِ . وقدِ ٱختلفَ أَصحابُنا في هٰذهِ المسأَلةِ علىٰ طُرقٍ :

فمنهم مَنْ حَملَها علىٰ ظاهرِها ، وقالَ : لكلِّ واحدٍ منهما أَنْ يَفسخَ البيعَ ، ولَهُ أَنْ يُجيزَ ، سواءٌ كانَ الحَظُّ فيما فَعَلَهُ مِنْ ذٰلكَ ، أَو في غيرِهِ ؛ لأَنَّ الحَجْرَ إِنَّما يَمنعُ تصرُّفَهُ في المستقبلِ لا فيما مضىٰ ، ولأَنَّ المفلِسَ لا يُجبَرُ علىٰ الاكتسابِ ، فلو قلنا : يَلزمُهُ أَنْ يفعلَ ما فيهِ الحظُّ . . لأَلزمناهُ الاكتسابَ .

وقالَ أَبو إِسحاقَ : إِنْ كانَ الحظُّ في الفسخِ . . لَزِمَهُ أَنْ يَفسخَ ، وإِنْ أَجازَ . . لَمْ تَصِحَّ إِجازتُهُ ، وإِنْ كانَ الحظُّ في الإِجازةِ . . لَزِمَهُ أَنْ يُجيزَ ، وإِنْ فَسَخَ . . لَمْ يَصِحَّ الفسخُ ؛ لأَنَّ الحَجْرَ يَقْتضي طلبَ الحظِّ ، فلَمْ يَفعلْ إِلاّ ما فيهِ الحظُّ ، كما لو باعَ بشرطِ الخيارِ ، ثُمَّ جُنَّ ، فإِنَّ الوليَّ لا يَفعلُ إِلاّ ما فيهِ الحظُّ . وتأَوَّلَ كلامَ الشافعيِّ رحمَهُ اللهُ علىٰ هٰذا .

ومنهم مَنْ قالَ : يُبنىٰ ذٰلكَ علىٰ وقتِ ٱنتقالِ المِلكِ إِلىٰ المشتري ، وتَصوُّرُها في البائعِ إِذا باعَ بشرطِ الخيارِ ، وأَفلسَ البائع ، فإِن قُلنا : إِنَّ المِلْكَ ٱنتقلَ إِلىٰ المشتري بنفسِ العقدِ . . فللبائعِ أَنْ يُجيزَ البيعَ وإِنْ كانَ الحظُّ في الفسخِ ، ولَهُ أَنْ يفسَخَ وإِن كان الحظُّ في الإِجازَةِ .

وإِن قُلنا : إِنَّ البيعَ لا ينتقلُ إِلاّ بشرطينِ ، أَو قلنا : إِنَّهُ موقوفٌ . . فليسَ لهُ أَنْ يفعلَ إِلاّ ما فيهِ الحظُّ علىٰ القولينِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : **والطريقةُ الأُولىٰ أَسَدُّ عندَ أَصحابِنا** ؛ لأَنَّ التصرُّفَ مِنَ المَحجُورِ عليهِ لا تنفُذُ ، سواءً كانَ فيهِ الحظُّ ، أَو لَمْ يكُنْ .

وذكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ في « التعليقِ » طريقةً رابعةً ، وقالَ : **الصحيحُ عندي** : أَنَّهُ لا يملِكُ فسخَ العقدِ ، ولا إِجازتَهُ بعدَ الحَجْرِ عليهِ بكلِّ حالٍ ؛ لأَنَّ عندنا ينقطِعُ تصرُّفُهُ بالحَجْرِ عليهِ ، بدلالةِ أَنَّهُ إِذا باعَ شيئاً ، ثمَّ حُجِرَ عليهِ قبلَ قبضِ الثَّمنِ . . لَمْ يكُنْ لَهُ

قَبضُهُ ، اللَّهُمَّ إِلاّ أَنْ يكونَ الإمامُ أَمرَ مَنْ يقومُ بأَمرِهِ ، ويَنظرُ في مَصالحِهِ ، فرأىٰ الحظَّ لَهُ في الفسخِ ، فإِنَّهُ يفعلُ .

مسأَلةٌ : [هبة المحجور عليه بثواب] :

وإِنْ وهبَ لغيرِهِ قبلَ الحَجْرِ هبةً تقتضي الثوابَ ، ثمَّ حُجِرَ علىٰ الواهبِ ، وقُلنا : إِنَّ الثوابَ مقدَّرٌ بما يَرضىٰ بِهِ الواهبُ . . فلَهُ أَنْ يَرضىٰ بالقليلِ والكثيرِ ؛ لأَنّا لو أَلْزمْناهُ طلبَ الفضلِ . . لألزمناهُ الاكتسابَ ، وذٰلكَ لا يلزمُهُ .

مسأَلةٌ : [تعلق الدين المُقَرِّ بهِ في ذمة المحجور عليه] :

وإذا أَقرَّ المحجورُ عليهِ بدينٍ لَزِمَهُ قبلَ الحَجْرِ ، وصادقَهُ المُقَرُّ لَهُ ، وكذَّبَهُ الغُرماءُ . . تعلَّقَ الدَّينُ بذمَّتِهِ ، قولاً واحداً ، وهلْ يُقبلُ إِقرارُهُ في حقِّ الغُرماءِ ليشارِكَهُم المُقَرُّ لَهُ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : أَنَّهُ لا يُقبلُ في حقِّهم ، ولا يشارِكُهمْ ؛ لأَنَّهُ مالٌ تعلَّقَ بِهِ حقُّ الغير ، فلَمْ يُقبَلْ إِقرارُ مَنْ عليهِ الحقُّ في ذٰلكَ المالِ ، كالراهنِ إذا أَقرَّ بدينٍ لَمْ يبطُلْ بِهِ حقُّ المرتَهِنِ ، ولأَنَّهُ لا يُؤمنُ أَنْ يُواطىءَ المُفلِسُ مَنْ يُقِرُّ لَهُ بالدَّينِ ليشارِكَ الغُرماءَ ، ثمَّ يُسلِّمَهُ إِلىٰ المُفلِسِ .

والقولُ الثاني : أَنَّ إِقرارَهُ مقبولٌ في حقِّ الغُرماءِ ، فيشارِكَهُم المقرُّ لَهُ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ حقٌّ يثبُتُ بسببٍ منسوبٍ إِلىٰ ما قبلَ الحَجْرِ ، فوجبَ أَنْ يُشارِكَ صاحبُ الحقِّ بحقِّهِ الغُرماءَ ، كما لو ثَبتَ حقُّهُ بالبيِّنةِ ، ولأَنَّ المَريضَ لو أَقرَّ لرجلٍ بدينٍ لزِمَهُ في حالِ الصحَّةِ . . لشارَكَ مَنْ أَقرَّ لَهُ في حالِ المَرضِ ، فكذٰلكَ هٰذا المُفلِسُ لو أَقرَّ بدينٍ قبلَ الحَجْرِ ليُشارِكَ الغُرماءَ . وكذٰلكَ : إذا أَقرَّ بدينٍ بعدَ الحَجْرِ ، وأَضافَهُ إِلىٰ ما قبلَ الحَجْرِ ، يكونُ كما لو أَقرَّ بهِ قبلَ الحَجْرِ .

وإِنْ كانَ في يدِ المفلِسِ عينٌ ، وقالَ : هٰذهِ العينُ عاريَّةٌ عندي لفلانٍ ، أَو غَصَبْتُها منهُ ، أَو أَوْدَعَنيها . . فهلْ يُقبلُ إِقرارُهُ في حقِّ الغُرماءِ ؟ علىٰ القولينِ :

أَحدُهما : لا يُقبلُ ، فإنْ لَمْ يَفِ مالُ المُفلِسِ بدَينِهِ إلاّ ببيعِ تلكَ العينِ . . بيعتْ ، وفُرِّقَ ثمنُها علىٰ الغُرماءِ ، وكانَ ديناً علىٰ المُفلِسِ .

والقولُ الثاني ـ وهوَ الصحيحُ ـ : أَنَّهُ يُقبَلُ إقرارُهُ فيها علىٰ الغُرماءِ ، وتُسلَّمُ العينُ إلىٰ المُقَرِّ لَهُ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وقدْ شنَّعَ الشافعيُّ رَحمهُ اللهُ علىٰ القولِ الأَوّلِ ، وقالَ : (مَنْ قالَ بهٰذا ، أَدّىٰ إلىٰ أَنَّ القَصّارَ إذا أَفْلَسَ ، وعندَهُ ثيابٌ لقومٍ ، فأَقرَّ أَنَّ هٰذا الثوبَ لفلانٍ ، وهٰذا لفلانٍ . . فلا يُقبلُ منهُ ، وكذٰلكَ الصبّاغُ والصائغِ إذا أَفلَسَ ، فأَقرَّ بمتاعٍ لأَقوامٍ بأَعيانِهم . . أَنْ لا يُقبَلَ ، وهٰذا لا سبيلَ إليهِ ، وكذٰلكَ لو قالَ : عندي عبدٌ آبقٌ ، ولَمْ يُقبَلْ قولُهُ ، فبيعَ العبدُ . . رُجِعَ بعُهدتِهِ علىٰ المُفلِسِ ، فيكونُ قدْ رجَعَ عليهِ بعُهدةِ عبدٍ أَقرَّ[1] أَنَّهُ آبقٌ ، وباعَهُ بهٰذا الشرطِ ، وهٰذا لا سبيلَ إليهِ ؛ لأَنَّهُ إبطالٌ لأَصولِ الشرعِ ، فلذٰلكَ قلنا : يُقبلُ إقرارُهُ) .

فرعٌ : [جحود المفلس ديناً في ذمته] :

وإنِ ٱدَّعىٰ رجلٌ علىٰ المُفلِسِ بدينٍ في ذمَّتِهِ ، أَو عينٍ في يدِهِ ، فجَحدَهُ ، فإنْ أَقامَ المدَّعي بيِّنةً . . شاركَ الغُرماءَ بالدَّينِ ، وأَخذَ العينَ ، وإنْ لَمْ يُقِمِ البيِّنةَ . . فالقولُ قولُ المُفلِسِ معَ يمينِهِ ، فإنْ حلفَ لَهُ . . ٱنصرفَ المدَّعي ، وإنْ نكلَ المُفلِسُ عَنِ اليمينِ ، فحَلَفَ المدَّعي . . فهلْ يُشارِكُ الغُرماءَ في الدَّينِ ، ويأْخذُ العينَ ؟ فيهِ طريقانِ :

[أَحدُهما] : قالَ الشيخانِ : أَبو حامدٍ ، وأَبو إسحاقَ : إنْ قلنا : إنَّ يمينَ المدَّعي معَ نكولِ المدَّعىٰ عليهِ كالبيِّنةِ . . شاركَ الغُرماءَ بالدَّينِ ، وأَخذَ العينَ . وإن قُلنا : إنَّهُ كالإقرارِ . . كانَ علىٰ القولينِ الأَوَّلينِ في إقرارِ المُفلِسِ .

[الثاني] : قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : يشارِكُ الغُرماءَ ، قولاً واحداً ، كما لو ثَبتَ ذٰلكَ بالبيِّنةِ .

---

(١) في نسخة : (عند إقراره) ، وفي أخرىٰ : (بعهدته عندما أقرّ) .

مسألةٌ : [جناية المحجور عليهِ] :

وإنْ جنىٰ المَحجورُ عليهِ علىٰ غيرِه ، أو أتلفَ عليهِ مالاً . . شاركَ المجنيُّ عليهِ والمتلَفُ عليهِ الغُرماءَ ؛ لأنَّ ذٰلكَ ثبتَ بغيرِ رضا مَنْ لَهُ الحقُّ . وإنْ كانَ لهُ عبدٌ ، فجنىٰ علىٰ غيرِه . . قُدِّمَ حقُّ المجنيِّ عليهِ في رقبةِ العبدِ علىٰ سائرِ الغُرماءِ ؛ لأنَّ حقَّهُ يختصُّ بعينِ هٰذا العبدِ ، فقُدِّمَ علىٰ غيرِه ، كما قلنا في الرهنِ .

وإنْ جُنِيَ علىٰ المُفلِسِ جنايةٌ خطأً . . تعلَّقَ حقُّ الغُرماءِ بالأَرشِ ؛ لأنَّ الأَرشَ مالٌ لَهُ ، فتعلَّقَ بهِ حقُّ الغُرماءِ ، كسائرِ أَموالِهِ . وإنْ جُنِيَ عليهِ جنايةُ عَمْدٍ توجبُ القِصاصَ . . فالمفلسُ بالخيارِ : بينَ أَنْ يقتصَّ ، وبينَ أَنْ يعفوَ ، وليسَ للغُرماءِ أَنْ يطالبوهُ بالعفوِ علىٰ مالٍ ؛ لأنَّ ذٰلكَ اكتسابٌ للمالِ ، وذٰلكَ لا يلزمُهُ ، ولأنّا لو ألزمْناهُ ذٰلكَ . . لصارَ ذٰلكَ ذريعةً إلىٰ الجنايةِ عليهِ ثانياً وثالثاً ، فلَمْ يلزمْهُ . فإنْ عفا علىٰ مالٍ . . تعلَّقَ بهِ حقُّ الغُرماءِ ، وإنْ عفا مطلَقاً ، فإنْ قلنا : إنَّ موجَبَ العمدِ القَوَدُ لا غيرَ . . لَمْ يجِبِ المالُ ، وإن قُلنا : إنَّ موجَبَهُ أَحدُ الأمرينِ . . ثَبتَ المالُ ، وتعلَّقَ بهِ حقُّ الغُرماءِ ، وإنْ عفا علىٰ غيرِ مالٍ ، فإن قُلنا : إنَّ موجَبَ العمدِ القَوَدُ لا غيرَ . . صحَّ عفوهُ ، ولَمْ يجِبِ المالُ ، وإن قُلنا : إنَّ موجَبَهُ أحدُ الأمرينِ . . فذكرَ في « التعليقِ » و« الشاملِ » : أَنَّ المالَ يَثبتُ ، وتتعلَّقُ بهِ حقوقُ الغُرماءِ ، ولا يَصِحُّ عفوهُ عنهُ .

مسألةٌ : [ادعاء المفلس ديناً] :

وإنِ ادَّعىٰ المُفلِسُ علىٰ غيرِهِ بدينٍ ، أو عينٍ ، وأَنكرَهُ المدَّعىٰ عليهِ ، فأَقامَ المُفلِسُ شاهداً ، فإنْ حلفَ معهُ . . استحقَّ ما ادَّعاهُ ، وقُسِّمَ علىٰ الغُرماءِ ؛ لأنَّهُ مِلكٌ لَهُ ، وإنْ لَمْ يَحلِفْ . . فهلْ يَحلِفُ الغُرماءُ ؟

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ في « المختصرِ » : (لا يحلِفُ الغُرماءُ) . وقالَ : (إذا ماتَ ، وخَلَّفَ ورثةً وعليهِ دينٌ ، ولَهُ دينٌ علىٰ آخرَ لَهُ بهِ شاهدٌ ، ولَمْ يَحلِفِ الورثةُ . . هلْ يحلِفُ الغُرماءُ ؟ علىٰ قولينِ) .

فمِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : المسألتانِ علىٰ قولينِ .

ومنهمْ مَن قالَ : لا يَحلِفُ غُرماءُ المُفلِسِ ، قولاً واحداً ، وفي غُرماءِ الميِّتِ قولانِ ، والفرقُ بينهما : أَنَّ المُفلِسَ يُرجىٰ أَنْ يَحلِفَ ، فلَمْ يَحلَّفْ غُرماؤُهُ ، والميِّتَ لا يُرجىٰ أَنْ يَحلِفَ ، فحلِّفَ غُرماؤُهُ . **والصحيحُ** : أَنَّهما علىٰ قولينِ :

أَحدُهما : يُحلَّفونَ ؛ لأَنَّ حقوقَهُم تتعلَّقُ بما يَثبُتُ للمُفلِسِ ، فكانَ لهُم أَنْ يَحلِفوا ، كالورثةِ ، ولأَنَّ الإنسانَ قدْ يَحلِفُ لإِثباتِ المالِ لغيرِهِ ، كما تقولُ في الوكيلِ إِذا خالفَهُ العاقدُ لَهُ . . فإِنَّ الوكيلَ يَحلِفُ ، ويُثبِتُ المالَ للموكِّلِ ، كذٰلكَ هٰذا مثلُهُ .

والثاني : لا يُحلَّفونَ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُم يُثبتونَ بأَيمانِهِمْ مِلكاً لغيرِهم ، لتتعلَّقَ بهِ حقوقُهم بعدَ ثبوتِهِ ، وهٰذا لا يجوزُ ، كما لا تَحلِفُ الزوجةُ لإِثباتِ مالٍ لزوجِها وإِنْ كانَ إِذا ثَبتَ تعلَّقَتْ بهِ نفقتُها ، ولا يُشبِهُ الورَثةَ ؛ لأَنَّهُم يُثبتونَ المِلكَ لأَنفسِهِمْ بأَيمانِهِم ، وأَمّا الوكيلُ : فإِنَّما حلَفَ ؛ لأَنَّ اليمينَ متعلِّقَةٌ بالعقدِ ، فلمّا كانَ هوَ العاقدُ توجَّهتِ اليمينُ عليهِ .

فإِنِ ٱدَّعىٰ المُفلِسُ علىٰ غيرِهِ بدينٍ أَو عينٍ ، ولا بيِّنةَ لَهُ . . فالقولُ قولُ المدَّعىٰ عليهِ معَ يمينِهِ ، فإِنْ حلَفَ . . فلا كلامَ ، وإِنْ نكلَ المدَّعىٰ عليهِ عَنِ اليمينِ . . رُدَّتْ علىٰ المُفلِسِ ، فإِنْ حلَفَ . . ثَبتَ لَهُ المالُ ، وقُسِّمَ علىٰ الغُرماءِ ، وإِنْ لَمْ يَحلِفِ المُفلِس . . فهلْ يحلِفُ غرماؤُهُ ؟ قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : هيَ علىٰ قولينِ ، كاليمينِ معَ الشاهدِ ، وإِذا حلَفوا . . فإِنَّ المالَ الثابتَ بأَيمانِهم يُقسَمُ بينَهم علىٰ قدرِ دُيونِهم .

فرعٌ : [الديون المؤجلة لا توجب الحجر] :

وإِنْ كانَ علىٰ رجلٍ ديونٌ مؤجَّلةٌ . . فليسَ لغرمائِهِ أَنْ يسألوا الحاكمَ أَنْ يحجُرَ عليهِ ؛ لأَجلِ ديونِهم وإِنْ كانَ مالُهُ أَقلَّ مِنْ دُيونِهم ؛ لأَنَّهُم لا حقَّ لهم قبْلَ مَحِلِّ الأَجلِ . وإِنْ كانَ عليهِ ديونٌ حالَّةٌ وديونٌ مؤجَّلةٌ ، فرَفَعَ أَصحابُ الديونِ الحالَّةِ أَمرَهُ إِلىٰ الحاكمِ ، فنَظرَ إِلىٰ ما عليهِ مِنَ الديونِ الحالَّةِ وإِلىٰ ما معَهُ مِنَ المال ، فوجدَ مالَهُ لا يفي بالديونِ الحالَّةِ ، فحَجَرَ عليهِ لِمسأَلتِهم . . فهلْ تَحِلُّ عليهِ الديونُ المؤجَّلةُ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : تَحِلُّ ، وبهِ قالَ مالكٌ رحمَهُ اللهُ ؛ لأَنَّ الديونَ تتعلَّقُ بالمالِ بالحَجْرِ ، فأَسقطَ الحجرُ الأَجلَ ، كالموتِ .

والثاني : لا تَحِلُّ ، وهوَ ٱختيارُ المُزنيِّ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّهُ دينٌ مؤجَّلٌ علىٰ حيٍّ ، فلَمْ يَحِلَّ قبلَ أَجلِهِ ، كما لو لَمْ يُحجَرْ عليهِ ، ويفارقُ الميِّتَ ؛ لأَنَّ ذِمَّتَهُ خَرِبتْ[1] ، وهٰذا لهُ ذِمَّةٌ صَحيحةٌ .

مسأَلةٌ : [نفقة المحجور عليه] :

وإذا حَجَرَ الحاكمُ علىٰ المُفلِسِ ، ومَنعَهُ مِنَ التَصرُّفِ في مالِهِ. . فمِنْ أَينَ تكونُ نفقتُهُ إِلىٰ أَنْ يَبيعَ مالَهُ ويَقسِمَهُ علىٰ الغُرَماءِ ؟ يُنظرُ فيهِ : فإِنْ كانَ لَهُ كَسبٌ. . كانتْ نفقتُهُ في كَسبِهِ . وإِنْ لَمْ يكنْ لَهُ كَسبٌ. . فإِنَّ علىٰ الحاكمِ أَنْ يدفعَ إِليهِ نفقتَهُ مِنْ مالِهِ ؛ لِمَا رُويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ للرجلِ الذي جاءَهُ بالدينارِ : « ٱبْدَأْ بِنَفْسِكَ ، ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ »[2] .

فأَمرَهُ أَنْ يَبدأَ بنفسِهِ علىٰ مَنْ يَعُولُ ، ومعلومٌ أَنَّ فيمَنْ يعولُ مَنْ تجبُ نفقتُهُ ، وتكونُ دَيناً عليهِ ، وهيَ الزوجةُ ، فَعُلِمَ أَنَّ نفقتَهُ مقدَّمَةٌ علىٰ الدَّينِ ، ويكونُ طعامُهُ علىٰ ما جَرتْ بهِ عادتُهُ ، ويَدفعُ إِليهِ نفقةَ يومٍ بيومٍ ، وآخرُها اليومُ الذي يَقسِمُ فيهِ الحاكمُ مالَهُ ، فيَدفعُ إِليهِ نفقَةَ ذٰلكَ اليومِ ؛ لأَنَّ النفقةَ تجبُ في أَوَّلِهِ ، ويَتركُ لَهُ ما يَحتاجُ إِليهِ مِنَ الكِسوةِ ؛ لأَنَّهُ لا بدَّ لَهُ أَنْ يَتصرَّفَ ، فلو قلنا : إِنَّهُ لا يَكتسبُ[3] . . لامتنعَ الناسُ مِنْ معاملتِهِ ، ويتركُ لَهُ مِنَ الكِسوةِ ما يكفيهِ علىٰ ما جرتْ بهِ عادتُهُ .

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (يكفيهِ قَميصٌ وسَراويلُ ، ورِداءٌ إِنْ كانَ ممَّنْ يتردّىٰ[4] ، وحِذاءٌ لرِجلِهِ ، هٰذا إِذا كانَ في الصيفِ ، وإِنْ كانَ في الشتاءِ. . زِيدَ علىٰ القميصِ جُبَّةٌ

---

(١) خربت : انتهت وتلاشت ، فلم تعد أهلاً للمطالبة .

(٢) سلف من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه .

(٣) في (م) : (فإن قلنا : لا يكسىٰ) .

(٤) يتردَّىٰ : قال الجوهري : تردىٰ وارتدىٰ : أي لبس الرداء .

مَحشوَّةٌ ، وخُفٌّ بدَلُ النعلِ . وإنْ كانَ ممَّنْ عادتُهُ أنْ يتطيْلَسَ . . دُفِعَ إليهِ الطَّيْلَسانُ[١] ، وأمّا جنسُ ثيابِهِ : فمعتبرٌ بحالِهِ ، فإنْ كانَ ممَّنْ عادتُهُ لُبسُ السربِ[٢] والدُّبَيقي[٣] . . تُرِكَ لَهُ ذٰلكَ . وإنْ كانتْ عادتُهُ أنْ يَلبسَ مِنْ غليظِ القُطنِ أوِ الكتّانِ . . لَمْ يُزَدْ علىٰ ذٰلكَ ، وإنْ كانَ ممَّنْ يَلبسُ المتوسِّطَ مِنَ الثيابِ . . تُرِكَ لَهُ ذٰلكَ) .

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (وإذا كانَ لَهُ ثيابٌ غَوالٍ . . بيعتْ) .

قالَ أَصحابُنا : أَرادَ : إذا كانَ مِنْ عَوامِّ الناسِ ، ولَهُ ثيابٌ غاليةٌ جَرَتْ العادةُ أَنْ يَلبسَها ذَوو الأَقدارِ[٤] ، ونَبَلُ[٥] التُّجّارِ . . بيعتْ ، ويُشترىٰ لَهُ ثيابٌ جَرَتِ العادةُ أَنْ يَلبسَها مِثلُهُ في العادةِ ، ويُصرَفُ الباقي مِنْ ثَمَنِها إلىٰ الغُرماءِ .

فرعٌ : [يترك للمحجور عليه نفقة عياله] :

وإنْ كانَ للمفلسِ مَنْ تَلزمُهُ نَفقَتُهُ ، كالزوجةِ والوالدَينِ والمولودِينَ . . تُرِكَ لَهُمْ ما يحتاجونَ إليهِ مِنْ نَفقةٍ وكِسوةٍ ، كما قلنا في المُفلِسِ ؛ لأَنَّهُم يَجرُونَ مَجرىٰ نفسِهِ ؛ لأَنَّ الأَقارِبَ يَعتِقونَ عليهِ إذا مَلَكَهمْ ، كما يَعتِقُ نفسَهُ إذا مَلَكَها ، ونفقةُ الزوجةِ آكدُ مِنْ نفقةِ الأَقاربِ ؛ لأَنَّها تجبُ بحكمِ المُعاوضةِ .

---

(١) **الطيلسان** ـ في « معجم الملابس » لدوزي ـ : غطاء يوضع علىٰ الرأس أو الكتفين خاصٌّ للصوفية ، كالطرحة تضعها المرأة علىٰ رأسها في مصر ، ومنه : المرء تحت طيّ لسانه لا تحت طيلسانه ، وسلف .

(٢) **السرب** : لعلها السربال : وهو القميص أو الدرع أو كل ما يلبس ، أو يلبسه الخيالة . قال لبيد رضي الله عنه :

ٱلحمد لله إذ لم يأتني أجلي حتىٰ ٱكتسيت من ٱلإسلام سِرْبالاً

(٣) **الدبيقة** : ثياب تنسب إلىٰ دبيق ، قرية بمصر .

(٤) **الأقدار** : قال في « المصباح » : رجل ذو قُدرةٍ ومَقْدُرة : أي يسار .

(٥) **نَبَل** ـ جمع نبيل ـ : من نَبُلَ نبالة : عَظُمَ وشَرُفَ وكرم حسبه ، وحمدت شمائله ، يجمع علىٰ : نبلاء ، والنَّبَل بمعنىٰ : النبيل الجسيم ، مثل : أدم وأديم .

فرعٌ : [مؤنة تجهيز المحجور عليه] :

وإنْ ماتَ المُفلِسُ . . كانتْ مُؤنَةُ تجهيزِهِ وكَفَنِهِ مِنْ مالهِ ؛ لِمَا رُوِيَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قَدِمتْ إليهِ جِنازةٌ ليصلِّيَ عليها ، فقالَ : « هَلْ علىٰ صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنٍ ؟ » ، فقالوا : نَعَمْ . فقالَ : « صلُّوا علىٰ صَاحِبِكُمْ » .

ولا محالةَ أَنَّهُ كانَ قَدْ كُفِّنَ ، فَعُلِمَ أَنَّ الكفنَ مقدَّمٌ علىٰ حقوقِ الغُرماءِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يتعرَّضْ لَهُ . وإنْ ماتَ لَهُ مَنْ تَلزمُهُ نفقتُهُ ، فإنْ كانتْ لَهُ زوجةٌ . . فهلْ يجبُ كفنُها ومُؤنةُ تجهيزِها عليهِ ، أَو في مالِها ؟ فيهِ وجهانِ ، مضىٰ ذكرُهما في (الجنائزِ)[1] . وإنْ كانَ مِنَ الوالدَينِ أَو المَولودينَ . . وجبَ مُؤنةُ تجهيزِهِ وكفنِهِ علىٰ المُفلِسِ ، ويُقدَّمُ ذٰلكَ علىٰ الغُرماءِ ، كما قلنا في المُفلِسِ نفسِهِ . وكَم القدرُ الذي يَجبُ في الكفنِ في حقِّ المُفلِسِ وقرابتِهِ ؟ فيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ ، حكاها الشيخُ أَبو حامدٍ :

أَحدُها : ثوبٌ واحدٌ .

والثاني : ما جَرتْ بهِ العادةُ في الكفنِ ، مِنْ ثوبٍ أَو ثوبينِ أَو ثلاثةٍ .

و[**الثالثُ**] : قالَ أَبو إسحاقَ : ما يسترُ العورةَ لا غيرَ .

فرعٌ : [يباع دار وخادم المحجور عليهِ] :

وإنْ كانَ للمُفلِسِ دارٌ يَسكنُها ، أَو خادمٌ يخدُمُهُ . . بيعا عليهِ ، وصُرِفَ ثمنُهما إلىٰ غُرمائِهِ ؛ لأَنَّهُ يمكنُهُ أَنْ يَكتريَ داراً يَسكنُها ، وخادماً يخدُمُهُ ، وقدْ جرَتِ العادةُ أَنَّ الناسَ يَكْترونَ الدُّورَ والخدَمَ ، بخلافِ الثيابِ ، فإنَّ العادةَ لَمْ تجرِ بأكترائِها ، ولأَنَّ أكثرَ ما فيهِ إذا بيعَ دارُهُ أَو خادمُهُ ، أَنَّهُ بيعَ مِنْ مالِهِ ما هوَ مِنْ تَمامِ كفايتِهِ ، وهٰذا لا يمتنعُ ، أَلا ترىٰ أَنَّهُ لو كانَ لَهُ عَقارٌ[2] يأتيهِ منها كِفايتُهُ . . فإنَّها تُباعُ بالدَّينِ وإنْ كانت مِنْ تَمامِ كفايتِهِ ؟

---

(١) أَصحُّهما : أنه يجب علىٰ زوجها .

(٢) العَقَار ـ مثل سلام ـ : كل ملك ثابت له أصل ، كالدار والدكان يأتي بِدَخْل سنويٍّ دائم ، يسمَّىٰ : ريعاً ، يجمع علىٰ : عقارات .

مسأَلَةٌ : [حضور الخصمين عند إرادة الحاكم بيع مال المفلس] :

وإذا أَرادَ الحاكِمُ بَيْعَ مالِ المُفلِسِ أَوِ الرهنِ . . **فالمستحبُّ** : أَنْ يَحضُرَ المُفلِسُ والراهنُ ؛ لأَنَّهُ أَعرفُ بقيمةِ أَموالِهِ وأَثمانِها التي ٱشتراها بها ، ولأَنَّهُ إِذا حَضَرَ . . ٱحتاطَ أكثرَ ممّا يَحتاطُ غيرُهُ ، ويُستحبُّ أَنْ يَحضُرَ الغُرماءُ ؛ لأَنَّهُ ربَّما كانَ فيهم مَنْ يَبتاعُ شيئاً مِنْ مالِ المُفلِسِ ، فَيَكثُرُ المُبتاعونَ ، فيكونُ أَوفرَ للثَّمنِ ، ولأَنَّهُ ربَّما وقعَ غَبنٌ في بيعِ شيءٍ يسهو الحاكمُ عنهُ[١] ، فٱستدركَهُ . فإِنْ باعَ الحاكمُ مالَهُ بغيرِ حضورِ المُفلِسِ والغُرماءِ . . صحَّ البيعُ ؛ لأَنَّ المُفلِسَ لا تَصرُّفَ لَهُ ، والغُرماءَ لا مِلكَ لَهُم .

فرعٌ : [يطلب الدلال لعرض السلع] :

وإِذا أَرادَ الحاكمُ بيعَ مالِ المُفلِسِ . . فلا بدَّ مِنْ دلاّلٍ ، وهو : مَنْ يُنادي علىٰ المَتاعِ فيمنْ يَزيدُ . ويُستحبُّ أَنْ يقولَ الحاكمُ للمُفلِسِ والغُرماءِ : ٱرتَضُوا[٢] برجلٍ يُنادي علىٰ بيعِ المتاعِ ؛ لأَنَّهُم أَعرفُ بمَنْ يصلحُ لذٰلكَ الأَمرِ ، ولأَنَّ في ذٰلكَ تَطْييباً لأَنفسهم . فإِنْ لَمْ يستأذِنهمُ الحاكمُ في ذٰلكَ ، ونَصَبَ منادياً مِنْ قِبَلِهِ . . جازَ ؛ لأَنَّ المُفلِسَ قدِ ٱنقطعَ تصرُّفُهُ ، والغُرماءَ لا مِلْكَ لَهُم .

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (ولا يُقبلُ إِلاّ ثِقةٌ) . وفي بعضِ نُسَخِ المُزنيِّ : (ولا يُقبلُ إِلاّ مِنْ ثقةٍ) . فَمَنْ نقلَ : (ولا يُقبلُ إِلاّ ثِقةٌ) فمعناهُ : إِذا نَصَبَ المُفلِسُ والغُرماءُ منْ ينادي علىٰ ثمنِ المَتاعِ . . لَمْ يَقبلْهُ الحاكمُ إِلاّ أَنْ يكونَ ثِقةً . والفرقُ بينَ هٰذا وبينَ الرهنِ : إِذا ٱتَّفقَ المُتراهنانِ علىٰ وضعِ الرهنِ علىٰ يدِ مَنْ ليسَ بثقةٍ . . لَمْ يعترضِ الحاكمُ عليهما ؛ لأَنَّ الحقَّ في الرهنِ للمُتراهنينِ لا يتعدّاهما ، وهاهنا النظرُ للحاكمِ ؛ لأَنَّهُ ربَّما ظَهرَ غريمٌ آخرُ .

وأَمّا مَنْ نَقلَ : (ولا يُقبلُ إِلاّ مِنْ ثِقةٍ) فمعناهُ : إِذا نُوديَ علىٰ مالِ المُفلِسِ ، فزادَ

---

(١) في (م) : (فنبهوا الحاكم عليه) .

(٢) ارتضوا : بمعنىٰ اتفقوا .

في ثمنِهِ إنسانٌ ، فإنَّهُ لا تُقبلُ الزيادةُ إلاّ مِنْ ثقةٍ ؛ مخافةَ أَنْ يزيدَ ، فيترُكَها ، فيُفسِدَها[١] ، فإنْ تطوَّعَ الدلاّلُ بالنداءِ مِنْ غيرِ أُجرةٍ . . لَمْ يستأجرِ الحاكمُ مَنْ يُنادي ؛ لأَنَّهُ لا حاجةَ بهِ إلىٰ ذٰلكَ ، فإنْ لَمْ يوجدْ مَنْ يتطوَّعُ بذٰلكَ . . ٱستؤجرَ بأقلِّ ما يوجدُ ، فإنْ كانَ في بيتِ المالِ فَضْلٌ أُعطيَ الأَجيرُ الأُجرةَ منهُ ؛ لأَنَّ في ذٰلكَ مَصْلحةً ، فهو كأُجرةِ الكيّالِ والوزّانِ في الأسواقِ . وإنْ لَمْ يَكُنْ في بيتِ المالِ فَضْلٌ . . ٱستؤجِرَ مِنْ مالِ المُفلِسِ لذٰلكَ ؛ لأَنَّ العملَ لَهُ .

قالَ أَبو عليٍّ في « الإفصاحِ » : وأَمَّا أُجرةُ النَّقّادِ[٢] : فعلىٰ الغريمِ ، لا علىٰ المُفلِسِ ، فإنِ ٱختارَ المُفلِسُ رجلاً يُنادي علىٰ المَتاعِ ، وٱختارَ الغُرماءُ غيرَهُ . . نَظَرَ الحاكمُ فيهما : فإنْ كانَ أَحدُهما ثِقةً دونَ الآخرِ . . أَقَرَّ الثقةَ منهما ، وإنْ كانا ثِقتينِ ، فإنْ كانَ أَحدُهما متطوِّعاً دونَ الآخرِ . . أَقرَّ المُتطوِّعَ دونَ الآخرِ ؛ لأَنَّهُ أَوفرُ عليهم ، فإنْ كانا مُتطوِّعينِ . . ضمَّ أَحدَهُما إلىٰ الآخرِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ أَحوطُ ، وإنْ كانا غيرَ مُتطوِّعينِ . . ٱختارَ أَوثقَهما[٣] وأَعرفَهما .

فرعٌ : [تباع كل سلعة في محالها] :

ويباعُ كلُّ شيءٍ مِنَ الأَمتعةِ في سوقِهِ ، فتباعُ الكتبُ في سوقِ الورّاقينَ ، ويباعُ البَزُّ في سوقِ البزّازينَ ، والطعامُ في سوقِ الطعامِ ، وما أَشبهَ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ الشيءَ إنَّما يُطلبُ في سوقِهِ ، فإنْ باعَ شيئاً بثمنِ مثلِهِ الذي يباعُ بهِ في سوقِهِ ، في غيرِ سوقِهِ . . صحَّ البيعُ ؛ لأَنَّ الغرضَ حُصولُ ثمنِ مثلِهِ ، ويبدأُ ببيعِ ما يُسرعُ إليهِ الفسادُ مِنْ مالِ المُفلِسِ ، كاللَّحمِ الطريِّ ، والبِطِّيخِ ، والهَريسِ ، وما أَشبهَ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ إذا لَمْ يُبَع . . تَلِفَ بالفسادِ ، أَو نَقَصتْ قيمتُهُ ، ثمَّ بِيعَ بعدَهُ الحيوانُ ؛ لأَنَّهُ معرَّضٌ للتَّلَفِ ، ويُحتاجُ إلىٰ المُؤنةِ في بقائِهِ ، ثمَّ يبيعُ بعدَهُ سائرَ الأَمتعةِ التي تُحوَّلُ وتنقلُ ، كالثيابِ وغيرِها ؛ لأَنَّ اليدَ تنالُها ويُخافُ عليها ، ثمَّ يبيعُ بعدَ ذٰلكَ العقارَ ، لأَنَّهُ لا يُخافُ عليهِ الهلاكُ .

---

(١) أَي : صفقة البيع .

(٢) النَّقّاد : هو ناقد الدراهم ، ليميز جيدها من زيفها ورديئها ، كالصيرفيِّ .

(٣) في نسخة : (أتقاهما) .

وجميعُ أَموالِهِ تباعُ في حالِ النداءِ ، وفيمنْ يزيدُ في سُوقِها في وقتِ قيامِ ذٰلكَ السوقِ ، إلاّ العقارُ ، فإنَّهُ لا يُنادىٰ عليهِ ، وإنَّما يؤمرُ الدلاّلُ بعرضِهِ ؛ لأنَّ العادةَ قدْ جَرتْ إذا بيعَ العقارُ علىٰ أَيدي الدلاّلينَ . . كانَ أَعزَّ لَهُ ، وأكثرَ لثمنِهِ ، ويخالفُ السِّلَعَ ، فإنَّ النداءَ عليها يَجْلِبُ الزَّبُونَ[1] ، ولأَنَّ مَنْ يشتري ذٰلكَ لا يَنحصِرُ ، وأَمّا العقارُ : فإنَّ الدلاّلينَ يعرِفونَ مَنْ يشتريهِ ، فيعرضونَهُ عليهِ ، والنداءُ يُخلِّفُهُ[2] .

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (فإنْ كانَ بقُربِ ذٰلكَ البلدِ قومٌ يشترونَ العَقارَ في بلدِ المُفلِسِ . . أَنفذَ إليهمْ ، وأَعلَمَهم بذٰلكَ ليحضُروا ، فيشتروا ، فيتوفَّرُ الثَّمَنُ علىٰ المُفلِسِ) .

فرعٌ : [يباع متاع المفلس بنقد البلد] :

ويباعُ مالُ المُفلِسِ بنقدِ البلدِ وإنْ كانَ مِنْ غيرِ جنسِ حقِّ الغُرماءِ ؛ لأَنَّهُ أَوفرُ ، فإنْ كانَ حقُّ الغُرماءِ مِنْ نقدِ البلدِ . . دفعَهُ إليهم ، وإنْ كانَ حقُّهم مِنْ غيرِ نقدِ البلدِ ، فإنْ كانَ حقُّهم ثبتَ مِنْ غيرِ جهةِ السَّلَمِ . . دَفعَ إليهمْ عِوَضَهُ إنْ رَضُوا بذٰلكَ ، وإنْ لَمْ يَرضَوا . . ٱشترىٰ لَهُمْ جِنسَ حقوقِهم . وإنْ كانَ حقُّهمْ ثبتَ مِنْ جهةِ السَّلَمِ . . لَمْ يَجُزْ أَخذُ العِوَضِ عَنْ ذٰلكَ ، وإنَّما يشتري لَهُمْ حقَّهمْ .

فرعٌ : [بيع ما رهنه المفلس] :

وإنْ كانَ في مالِ المُفلسِ رهنٌ . . بُدِىءَ ببيعِهِ ؛ لأَنَّ حقَّ المرتَهِنِ يَختصُّ بالعينِ ، وحقوقَ الغُرَماءِ لا تَختصُّ بالعينِ ، ولأَنَّهُ ربَّما زادَ ثَمَنُ الرهنِ علىٰ حقِّ المرتَهِنِ ، فتُفرَّقُ الزيادةُ علىٰ سائرِ الغُرَماءِ ، وربَّما نَقصَ ثَمَنُهُ عَنْ حقِّ المرتَهِنِ ، فَيَضرِبُ معَ الغُرماءِ بما بقيَ لَهُ ، فٱحتيجَ إلىٰ تقديمِ بيعهِ لذٰلكَ .

---

(١) الزَّبون : هو الذي يدفع غيره عن أخذ المبيع ، وهي كلمة مولَّدة ، ويقال : حرب زبون : تدفع الأبطال عن الإقدام خوف الموت .

(٢) يخلِّفه : يؤخر مبيعه .

وإِنْ كانَ هناكَ عبدٌ جنىٰ علىٰ غيرِهِ . . قُدِّمَ بيعُهُ أيضاً ؛ لأَنَّ حقَّهُ يَختصُّ بعينِ العبدِ ، ولأَنَّهُ ربَّما زادَ ثمنُهُ علىٰ قدرِ الأَرْشِ ، فتُفرَّقُ الزيادةُ علىٰ سائرِ الغُرَماءِ ، ولا يَجيءُ في هٰذا أَنْ يقالَ : إِنْ نَقصَ ثمنُهُ . . ضَرَبَ المجنيُّ عليهِ بما نَقصَ معَ الغُرَماءِ ؛ لأَنَّهُ ليسَ للمجنيِّ عليهِ أكثرُ مِنَ العبدِ الجاني .

فرعٌ : [يدفع ثمن متاع المفلس لغريمه] :

وإذا بيعَ شيءٌ مِنْ مالِ المُفلسِ ، فَإِنْ كانَ دينُهُ لواحدٍ . . فإِنَّهُ يَدفعُ كلَّما باعَ شيئاً وقَبَضَ ثمنَهُ إِلىٰ الغريمِ ؛ لأَنَّهُ لا حاجةَ بهِ إِلىٰ التأخيرِ . وإِنْ كانَ الدَّينُ لجماعةٍ . . نَظرتَ :

فإِنْ بيعَ جميعُ مالِهِ دَفعةً واحدةً . . قَبضَ ثَمنهُ وفرَّقَهُ علىٰ الغُرماءِ بالحِصَصِ علىٰ قَدْرِ ديونِهِمْ .

وإِنْ لَمْ يمكنْ بَيعُ مالِهِ إِلاّ شيئاً بعدَ شيءٍ . . نظرتَ فيما باعَ بهِ أَوَّلاً :

فَإِنْ كانَ ثَمنُهُ كثيراً يمكنُ قِسمتُهُ علىٰ الغُرماءِ . . قُسِمَ بينَهمْ ؛ لأَنَّهُ لا حاجةَ بهِ إِلىٰ التأخيرِ .

وإِنْ كانَ قليلاً تَتعذَّرُ قِسمتُهُ ، أَو يكونُ القِسمُ منهُ نزراً[1] . . أُخِّرَتْ قِسمتُهُ ، فإِنْ وَجدَ الحاكمُ ثِقةً مَليئاً . . قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (أَقرضَهُ إِيّاهُ حالاً) . فإِذا تكاملَ بَيعُ المالِ . . أَخذَهُ مِنَ الذي أَقرضَهُ إِيّاهُ ، وقَسَمَهُ بينَ الغُرماءِ ، ويكونُ ذٰلكَ أَولىٰ مِنْ إِيداعِهِ ؛ لأَنَّ القرضَ مَضْمونٌ علىٰ المُقترضِ ، والوديعةَ أَمانةٌ يُخافُ تلَفُها . فإِنْ لَمْ يَجِدْ ثِقةً مَليئاً يُقرضُهُ إِيّاهُ . . أَودعَهُ عندَ ثِقةٍ .

فإِنْ قيلَ : فلِمَ قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (يُقرضُهُ حالاً) ، والقرضُ عندَهُ لا يكونُ إِلاّ حالاً ؟

فقالَ أكثرُ أَصحابِنا : وَصَفَ القرضَ بذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ شَرْطٌ ، وقصدَ بذٰلكَ الردَّ علىٰ مالكٍ رحمةُ اللهِ عليهِ ، حيثُ قالَ : (يَصِحُّ القرضُ مؤجَّلاً) .

---

(١) النَّزْر : اليسير التافه ، وفي نسخة : (القسمة متعذرة) .

وقالَ بعضُ أَصحابِنا : أَرادَ حالاً ـ بغيرِ تشديدٍ ـ يعني : يُقرِضُهُ في الحالِ . وهٰذا ليسَ بشيءٍ .

فإنْ قيلَ : فقد قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (إِنَّهُ لا يجوزُ إِقراضُ مالِ اليتيمِ إلا في حالِ الضرورةِ ، وهوَ أَنْ يكونَ في بَحْرٍ ، ومعَهُ مالُ اليتيمِ ، ويَخافُ عليهِ الغرقَ ، أَو يخافُ عليهِ النَّهبَ أَوِ الحريقَ ، ولا يُقرِضهُ في غيرِ ذٰلكَ ، وإِنَّما يودِعُهُ) ، فما الفرقُ بينَهُ وبينَ المفلسِ ؟

قلنا : الفرقُ بينَهما : أَنَّ مالَ الصبيِّ معدٌّ لمصلحةٍ تَظهرُ لَهُ مِنْ شراءِ عقارٍ أَو تجارةٍ ، وقرضُهُ قد يتعذَّرُ معَهُ المبادرةُ إِلىٰ ذٰلكَ ، ومالُ المُفلِسِ معدٌّ للغُرماءِ خاصَّةً ، فٱفترقا .

فرعٌ : [طلب الحاكم إقالة البيع لمصلحة المفلس] :

وإِذا باعَ الحاكمُ مالَ المُفلِسِ ، وٱنصرَمَ[1] البيعُ بالتفرُّقِ ، وٱنقضىٰ الخِيارُ ، ثُمَّ جاءَ رجلٌ إِلىٰ الحاكمِ ، وزادَهُ في الثَّمنِ . . ٱستُحِبَّ للحاكمِ أَنْ يسأَلَ المشتريَ الإِقالةَ لطلبِ الفَضلِ ، فإِنْ أَقالَهُ المشتري . . باعَ الحاكمُ مِنَ المُطالبِ بالزيادةِ ، وإِنْ لَمْ يَفعلِ المشتري . . لَمْ يُجبَر علىٰ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ البيعَ قد لَزِمَ .

فرعٌ : [توكيل الحاكم أميناً يبيع متاع المفلس] :

وإِذا نَصبَ الحاكمُ أَميناً لبيعِ مالِ المُفلِسِ وقَبْضِ ثمنِهِ ، فباعَ شيئاً مِنْ مالِ المُفلسِ وقَبَضَ ثَمنَهُ ، ثُمَّ تَلِفَ في يدِهِ مِنْ غيرِ تفريطٍ . . تَلِفَ مِنْ ضَمانِ المُفلسِ ؛ لأَنَّ العدلَ أَمينٌ لَهُ ، وإِنْ باعَ العدلُ شيئاً مِنْ مالِ المُفلِسِ ، وقَبَضَ ثَمَنَهُ ، ثُمَّ إِنَّ رجلاً ٱدَّعىٰ علىٰ

---

(١) انصرم : انقطع ، وفي نسخة : (انبرم) . وقيل فيه من التضمين :

إِنْ كنـتَ أزمعـتَ علـىٰ صَـرْمنـا ... مـن غيـر مـا ذنـب فصبـر جميـل
وإِن تَبَـدَّلْـتَ بنـا غيـرنـا ... فحسبنـا الله ونعـم الـوكيـل

المشتري أَنَّ العينَ التي ٱشتراها مِلْكُهُ ، وأَقامَ علىٰ ذٰلكَ بيِّنةً . . أَخذَها مِنْ يدِ المشتري ، فإِنْ كانَ الثمنُ باقياً في يدِ العدْلِ . . رَجَعَ بهِ المشتري ، وإِنْ كانَ المالُ قدْ تَلِفَ في يدِ العدلِ بغيرِ تفريطٍ . . رَجَعَ المشتري بالعُهدَةِ في مالِ المُفلِسِ ، ووافَقَنا أَبو حنيفةَ في هٰذا ، وخالفَنا في العَدْلِ ـ إِذا تَلِفَ الرهنُ في يدِهِ ، وفي الوكيلِ والوصيِّ إِذا تَلِفَ المالُ في أَيديهِمْ بغيرِ تفريطٍ ـ : (أَنَّ الضَّمانَ يجبُ عليهِمْ) . فنقيسُ تلكَ المسائلَ علىٰ هٰذِهِ ، ونقولُ : لأَنَّهُ باعَ مالَ الغيرِ ، فإِذا تَلِفَ في يدِهِ مِنْ غيرِ تفريطٍ . . لَمْ يَضمَنْ ، قياساً علىٰ أَمينِ الحاكمِ في مالِ المُفلِسِ . وهلْ يُقدَّمُ المشتري علىٰ سائرِ الغُرماءِ ، أَو يكونُ أُسوتَهم ؟

نقلَ المزنيُّ : (أَنَّهُ يُقدَّمُ عليهِم) . ونقلَ الربيعُ : (أَنَّهُ يكونُ أُسوةً لهم) .

وٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ علىٰ طريقينِ :

فمنهم مَنْ قالَ : في المسأَلةِ قولانِ :

أَحدُها : أَنَّهُ يقدَّمُ عليهِم ؛ لأَنَّ في ذٰلكَ مصلحةً لمالِ المُفلِسِ ؛ لأَنَّ المشترينَ إِذا عَلِموا أَنَّهم يُقدَّمونَ في الثمنِ إِذا كانَ ٱستُحِقَّ ما ٱشترَوهُ . . رَغِبوا في الشراءِ ، فكثُرَ المشترونَ ، وزادتِ الأَثمانُ ، وإِذا عَلِموا أَنَّهُم لا يُقدَّمونَ . . تَجنَّبوا الشراءَ خوفاً مِنَ الاستحقاقِ ، فتَقِلُّ الأَثمانُ .

والثاني : لا يُقدَّمُ ، بلْ يكونُ أُسوةَ الغُرماء ؛ لأَنَّهُ حقٌّ تعلَّقَ بذمَّةِ المُفلِسِ بغيرِ ٱختيارِ مَنْ لَهُ الحقُّ ، فكانَ أُسوةَ الغُرماءِ ، كما لو جنىٰ علىٰ رجلٍ .

ومنهم مَنْ قالَ : هيَ علىٰ حالينِ :

فالموضعُ الذي قالَ : (يُقدَّمُ علىٰ الغُرماءِ) أَرادَ بهِ : إِذا لَمْ يكُنِ الغُرماءُ ٱقتسموا المالَ .

والموضعُ الذي قالَ : (يكونُ أُسوتَهم) أَرادَ بهِ : إِذا كانَ بعدَ القِسمةِ في حَجرٍ ثانٍ ، مثلَ : أَنْ قُسِمَ المالُ بينَ الغُرماءِ ، ثمَّ ٱستُحِقَّ شيءٌ مِنْ أَعيانِ مالِهِ ، ثمَّ حُجِرَ عليهِ ثانياً . فإِنَّ المشتريَ يكونُ أُسوةَ الغُرماءِ ؛ لأَنَّ حقَّهُ ثبتَ في ذِمَّتِهِ قبلَ الحَجْرِ ، كسائرِ الغُرماءِ . هٰكذا ذكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ هٰذا التفصيلَ علىٰ هٰذا الطريقِ .

وأمّا صاحبُ « المهذّبِ » : فقالَ : إنْ لَمْ ينفكَّ عنهُ الحَجْرُ . . قُدِّمَ ؛ لأنَّ فيهِ مصلحةً لَهُ ، وإنْ فُكَّ عنهُ الحَجْرُ . . كانَ كسائرِ الغُرماءِ . ولَمْ يَذكرِ الحَجْرَ الثاني .

مسألةٌ[١] : [من وَجَد ماله عند المفلس علىٰ صفتِهِ] :

وإنْ كانَ في الغُرماءِ مَنْ باعَ شيئاً مِنَ المُفلِسِ قبلَ الإفلاسِ ، ولَمْ يَقبِضِ الثَّمنَ ، ووجَدَ عينَ مالِهِ علىٰ صفتِهِ خالياً عَنْ حقِّ غيرِهِ . . فالبائعُ بالخيارِ : بينَ أَنْ يضرِبَ معَ الغُرماءِ بالثَّمنِ ، وبينَ أَنْ يرجِعَ في عينِ مالِهِ . وبهِ قالَ في الصحابةِ : عثمانُ[٢] ، وعليٌّ[٣] وأبو هريرةَ[٤] رَضِيَ اللهُ عَنْهُم وأرضاهُم ، ولا يُعرَفُ لهم مخالفٌ في الصحابةِ ، ومِنَ التابعينَ : عروةُ بنُ الزبيرِ ، ومِنَ الفقهاءِ : أَحمدُ ، وإِسحاقُ ، ومالكٌ رحمةُ اللهِ عليهِم .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يجوزُ للبائعِ أَنْ يرجِعَ في عينِ مالِهِ) . وبهِ قالَ الحسنُ ، والنخَعيُّ ، وٱبنُ شُبرُمَةَ .

دليلُنا : ما روىٰ عُمرُ بنُ خلدة الزُّرَقيُّ ـ قاضي المدينةِ ـ قالَ : أَتينا أَبا هريرةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في صاحبٍ لنا أَفلسَ ، فقالَ : هٰذا الذي قَضىٰ فيهِ محمَّدٌ رسولُ اللهِ ﷺ : « أَيُّما رجلٍ ماتَ ، أَو أَفلسَ . . فصاحبُ المتاعِ أَحقُّ بمتاعِهِ إِذا وجدهُ بعينِهِ »[٥] .

---

(١) في نسخة : (فرع) .

(٢) أخرج خبر عثمان ذي النورين رضي الله عنه ابن حزم في « المحلىٰ » (٨/ ١٧٦) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٤٦) .

(٣) روىٰ خبر علي المرتضىٰ رضي الله عنه عبد الرزاق في « المصنف » (١٥١٧٠) ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٥/ ١٩) في البيوع ، باب : الرجل يفلس فيجد سلعته بعينها ، وابن حزم في « المحلىٰ » (٨/ ١٧٦) ، وفيه لفظ : (إذا أفلس وسلعته قائمة بعينها . . فهو أسوة الغرماء) .

(٤) رواه عن أبي هريرة رضي الله عنه عبد الرزاق في « المصنف » (١٥١٦٠ و ١٥١٦١ و ١٥١٦٢) ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٥/ ١٩) ، وفيه لفظ : (من وجد عين ماله عند رجل قد أفلس . . فهو أحق به ممن سواه) .

(٥) أخرجه من طريق عمر بن خلدة عن أبي هريرة رضي الله عنه الشافعيُّ في « ترتيب المسند » (٢/ ٥٦٤) في التفليس ، وأبو داود (٣٥٢٣) في البيوع ، وابن ماجه (٢٣٦٠) في =

وفي روايةِ أَبي بكرِ بنِ عبدِ الرحمنِ بنِ الحارثِ بنِ هشامٍ ، عَنْ أَبي هريرةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : أنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « أَيُّما رجلٍ باعَ متاعاً علىٰ رجلٍ ، ثُمَّ أَفلسَ المبتاعُ ، ثُمَّ وجدَ البائعُ مَتاعَهُ بعينِهِ . . فصاحبُ المَتاعِ أَحقُّ بهِ دونَ الغُرماءِ »[1] . وهٰذا نَصٌّ في موضعِ الخِلافِ .

ولأَنَّهُ نوعُ مُعاوضةٍ يَلحَقُهُ الفسخُ ينتقلُ بهِ حَقُّ المُعاوِضِ مِنْ عينٍ إِلىٰ ذِمَّةٍ ، فجازَ لَهُ الرجوعُ إِلىٰ العينِ عندَ خَرابِ الذمَّةِ ، كالمكاتبِ إِذا عَجزَ عَنِ المالِ .

فرعٌ : [شراء سلعة وهو لا يجد ثمنها يكون مفلساً] :

وإِنِ اشترىٰ رجلٌ سِلعةً بثمنٍ في ذمَّتِهِ ، وكانتْ قِيمةُ السِّلعَةِ مثلَ الثَّمَنِ أَو أَكثرَ ، ولا يَملِكُ المشتري غيرَ هٰذهِ السِّلعةِ ، ولا دينَ عليهِ غيرَ هٰذا الثَّمَنِ . . فهلْ يُجعلُ هٰذا المشتري مُفلِساً ، فيكونُ للبائعِ الرجوعُ إِلىٰ عينِ مالِهِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما في « الإِفصاحِ » :

أَحدُهما : يكونُ مُفلِساً ، فيكونُ البائعُ بالخيارِ : بينَ أَنْ يَرجِعَ في عينِ مالِهِ ، وبينَ أَنْ يَضرِبَ معَ الغُرَماءِ بالثَّمَنِ .

والثاني : لا يكونُ مُفلِساً ، ولٰكنْ تُباعُ السِّلعَةُ ، ويُعطىٰ منها حقُّهُ ، والباقي للمُشتري .

= الأحكام ، والدارقطني في « السنن » (٣/ ٢٩) ، والحاكم في « المستدرك » (٢/ ٥٠ ـ ٥١) ، وقال : هٰذا الحديث عال صحيح الإسناد ، ولم يخرجاه .

(١) أخرجه من طريق أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث عن أبي هريرة رضي الله عنه بألفاظ متقاربة البخاري (٢٤٠٢) في الاستقراض ، ومسلم (١٥٥٩) في المساقاة ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٥١٥٨) و(١٥١٦٠) و(١٥١٦١) ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٥/ ١٨) ، وأبو داود (٣٥٢٠) ، والدارقطني في « السنن » (٣/ ٢٩ و ٢٩ ـ ٣٠) في البيوع ، وابن ماجه (٢٣٥٨ و ٢٣٥٩) في الأحكام .

قال الدارقطني عن الرواية الثانية : إسماعيل بن عياش مضطرب الحديث ، ولا يثبت هٰذا عن الزهري مسنداً ، وإنما هو مرسل . وذكرهما الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٤٤ و ٤٥ ـ ٤٦) وبين عللهما .

فرعٌ : [ظهور علامة الإفلاس بعد البيع] :

وإنْ كانَ مالُهُ يَفي بدينِهِ ، ولٰكنْ ظَهرَتْ فيهِ أَماراتُ الفَلَسِ ، وقلنا : يجوزُ الحَجرُ عليهِ ، فحُجِرَ عليهِ . . فهلْ يجوزُ لمَنْ باعَ منهُ شيئاً ، ولَمْ يَقبِضْ ثَمَنَهُ ، ووَجدَ عينَ مالِهِ أَنْ يَرجعَ إِلىٰ عينِ مالهِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الشيخُ أَبو حامدٍ :

أَحدُهما : لَهُ أَنْ يَرجعَ إِلىٰ عينِ مالهِ ؛ لقولهِ ﷺ : « أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعاً علىٰ رَجُلٍ ، ثُمَّ أَفْلَسَ ٱلْمُبْتَاعُ ، فَوَجَدَ ٱلبَائِعُ مَالَهُ بِعَيْنِهِ . . فَهُوَ أَحقُّ بهِ مِنْ سائرِ ٱلغُرَمَاءِ » . وهٰذا قَدْ أَفلسَ ، ولأَنَّهُ محجورٌ عليهِ لحقِّ الغُرماءِ ، فجازَ لمَنْ وَجدَ عينَ مالهِ الرجوعُ إِليهِ ، كما لو كانَ مالُهُ أَقلَّ مِنْ دَينِهِ .

والثاني : ليسَ لَهُ الرجوعُ إِلىٰ عينِ مالهِ ؛ لأَنَّهُ إِنَّما جُعِلَ للبائعِ الرجوعُ إِلىٰ عينِ مالهِ في المواضعِ التي لا يَتمكَّنونَ مِنَ الوصولِ إِلىٰ كمالِ حُقوقِهِمْ ، وهٰذا يَتمكَّنُ مِنْ أَخذِ جميعِ مالِه ، فلَمْ يكنْ لَهُ الرجوعُ إِلىٰ عينِ مالهِ .

فرعٌ : [يفسخ البيع للمفلس من غير إذن الحاكم] :

وهلْ يَصِحُّ فَسخُ البائعِ مِنْ غَيرِ إِذنِ الحاكمِ ؟ فيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ أَبو إِسحاقَ : لا يَصِحُّ إِلاّ بإِذنِ الحاكمِ ؛ لأَنَّهُ فسخٌ مُختلَفٌ فيهِ ، فلَمْ يَصِحَّ إِلاّ بالحاكمِ ، كفسخِ النكاحِ بالإِعسارِ بالنفقةِ .

والثاني : يَصِحُّ بغيرِ إِذنِ الحاكمِ ؛ لأَنَّهُ فَسخٌ ثَبتَ بنصِّ السُّنَّةِ ، فهوَ كفسخِ نكاحِ المُعتقَةِ تَحتَ عَبدٍ . فإِنْ حكمَ حاكمٌ بالمنعِ مِنَ الفسخِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَصِحُّ حكمهُ ؛ لأَنَّهُ مُختلَفٌ فيهِ .

والثاني : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ حُكمٌ مُخالِفٌ لنصِّ السُّنَّةِ .

وهلْ يُشترَطُ أَنْ يكونَ الفسخُ علىٰ الفورِ ، أَو يجوزُ علىٰ التراخي ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجوزُ علىٰ التراخي ؛ لأَنَّهُ خِيارٌ لا يَسقُطُ إِلىٰ بَدَلٍ ، فجازَ علىٰ التراخي ، كرجوعِ الأَبِ فيما وَهبَ لابنهِ ، وفيهِ ٱحترازٌ مِنَ الردِّ بالعيبِ ؛ لأَنَّهُ قدْ سَقطَ إِلىٰ بَدَلٍ ، وهو الأَرشُ .

والثاني : يُشترَطُ أَنْ يكونَ علىٰ الفورِ ؛ لأَنَّهُ خيارٌ لنَقْصٍ في العِوَضِ ، فكانَ علىٰ الفورِ ، كالردِّ بالعيبِ ، وفيهِ ٱحترازٌ مِنْ رجوعِ الأَبِ في هبتِهِ لابنهِ .

فرعٌ : [رهن المبيع بيد المفلس] :

وإذا رَهنَ البائعُ المبيعَ في يدِ المُفلِسِ عندَ ثُبوتِ الرجوعِ لَهُ . . فهلْ يُجعلُ رَهنُهُ فسخاً للبيعِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما ٱبنُ الصبّاغِ في الرهنِ .

وإنْ وَطِىءَ البائعُ الجاريةَ المبيعةَ . . فهلْ يُجعلُ وَطؤُهُ فَسخاً للبيعِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يكونُ فسخاً ، كما لو باعَ جاريةً ، ثُمَّ وَطِئَها في مُدَّةِ الخِيارِ .

والثاني : لا يكونُ فسخاً ؛ لأَنَّ المِلْكَ مُستقِرٌّ للمشتري ، فلا يجوزُ رَفعهُ إلاّ بالقولِ .

فرعٌ : [لا يجبر البائع علىٰ ترك العين] :

وإذا بذلَ الغُرَماءُ للبائعِ جميعَ ثَمنهِ علىٰ أَنْ لا يَرجِعَ بالعينِ المبيعةِ . . لَمْ يُجبَرْ علىٰ ذٰلكَ ، وجازَ لَهُ الرجوعُ إلىٰ عينِ مالِهِ .

وقالَ مالكٌ : (لا يجوزُ لَهُ الرجوعُ إلىٰ عينِ مالِهِ) .

دليلُنا : الخَبَرُ ، ولَمْ يُفرِّقْ ، ولأَنَّهُ تبرَّعَ بالحقِّ غَيرُ مَنْ عليهِ الحقُّ ، فلَمْ يَلزَمْ مَنْ ثَبتَ لَهُ الفسخُ إسقاطُ حقِّهِ مِنَ الفسخِ ، كالزوجِ إذا أَعسرَ بالنفقةِ ، فجاءَ أَجنبيٌّ ، فبذلَ لها النفقةَ لتتركَ الفسخَ . . فإنَّهُ لا يَلزمُها ذٰلكَ .

مسأَلةٌ : [شراء المفلس وقت الحَجْر] :

وإنْ باعَهُ بعدَ الإفلاسِ ، وهوَ إذا ٱشترىٰ عَيناً بعدَ أَنْ حُجِرَ عليهِ بثمنٍ في ذمَّتِهِ ، فقد ذَكرنا أَنَّ شراءَهُ صحيحٌ ، وهلْ يَثبتُ للبائعِ الرجوعُ إلىٰ عينِ مالهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَثبتُ لَهُ الرجوعُ إلىٰ عينِ مالِهِ ؛ لأَنَّهُ باعَهُ معَ العلمِ بخرابِ ذمَّتِهِ ، فلَمْ يَثبتْ لَهُ الفسخُ ، كما لوِ ٱشترىٰ سِلعةً مَعيبةً معَ العلمِ بعيبِها .

والثاني : يَثبتُ لَهُ الفسخُ ، كما لو تزوَّجتِ ٱمرأةٌ بفقيرٍ معَ العلمِ بحالهِ . . فإِنَّ لها أَنْ تَفسخَ النكاحَ إِذا أَعسرَ بالنفقةِ .

مسأَلَةٌ : [باع عيناً لمفلس وأخذ جزء ثمنها] :

وإِنْ باعَ مِنْ رجلٍ عيناً بمئةٍ ، أَو عَينينِ بمئةٍ ، فقَبَضَ البائعُ مِنَ الثَّمنِ خمسينَ ، والعينُ المبيعةُ باقيةٌ ، أَوِ العَينانِ باقيتانِ ، سواءٌ كانتْ قيمتُهما مُختلِفةً أَو متساويةً . . فهلْ للبائعِ أَنْ يَرجِعَ مِنَ المبيعِ بقَدرِ ما بقيَ مِنَ الثَّمنِ ؟ حكىٰ ٱبنُ الصبّاغِ فيهِ قولينِ :

قالَ في **القديمِ** : (يَسقُطُ حقُّ البائعِ مِنَ الرجوعِ إِلىٰ العينِ ، ويَضرِبُ معَ الغُرَماءِ بالثَّمنِ) .

وحكىٰ الشيخُ أَبو حامدٍ : أَنَّ هٰذا مذهبُ مالكٍ رحمةُ اللهِ عليهِ ، ولَمْ يَحكهِ عنِ **القديمِ** .

وقالَ ٱبنُ الصبّاغِ : مذهبُ مالكٍ : أَنَّ البائعَ إِذا قبَضَ شيئاً مِنَ الثَّمنِ ، والعينُ باقيةٌ . . كانَ بالخِيارِ : بينَ أَنْ يَردَّ ما قبَضَ مِنَ الثَّمنِ ، ويَرجِعَ في العينِ المبيعةِ ، وبينَ أَنْ لا يَرجِعَ في العينِ ، ويُضارِبَ معَ الغُرَماءِ فيما بَقيَ .

ووجهُ القولِ القديمِ : ما روىٰ أَبو بكرِ بنُ عبدِ الرحمنِ بنُ الحارثِ بنُ هشامٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُم : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ بَيعاً ، فأَفْلَسَ المُشْتَرِي ، فإِنْ كانَ البائعُ لَمْ يَقْبِضْ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئاً . . فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، وَإِنْ قَبَضَ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئاً . . فَهُوَ أُسْوَةُ الغُرَماءِ » .

ولأَنَّ في رجوعِهِ في بَعضِ العينِ تبعيضاً للصَّفْقَةِ علىٰ المشتري ، وإِضراراً بهِ ، فلَمْ يكنْ ذٰلكَ للبائعِ .

وقالَ في **الجديدِ** : (يَثبتُ لَهُ الرجوعُ بحِصَّةِ ما بقيَ مِنَ الثَّمنِ) . **وهُوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ سَببٌ يَرجِعُ بهِ العاقدُ إِلىٰ جميعِ العينِ ، فجازَ أَنْ يَرجِعَ بهِ إِلىٰ بعضِها ، كالفُرقةِ قبلَ الدخولِ ، وذٰلكَ : أَنَّ الزوجَ يَرجِعُ تارةً بجميعِ الصَّداقِ ، وهوَ إِذا ٱرتدَّتِ الزوجةُ ، أَو وَجدَ أَحدُهما بالآخَرِ عَيباً ، وتارةً بالنِّصفِ ، وهوَ إِذا طلَّقها قبلَ الدخولِ .

وأمّا الخبرُ : فهو مرسَلٌ ؛ لأنَّ أبا بكرِ بنَ عبدِ الرحمنِ ليسَ بصحابيٍّ ، وإنْ صحَّ . . فمعنىٰ قولِهِ : « فهوَ أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ » : إذا رَضيَ بذٰلكَ .

وإنْ باعَهُ عبدينِ مُتساويي القيمةِ بمئةٍ ، فقَبَضَ البائعُ مِنَ الثمنِ خمسينَ ، وتَلِفَ أَحدُ العبدينِ ، وأفلسَ المشتري ، فإنِ ٱختارَ البائعُ أَنْ يَضرِبَ معَ الغُرَماءِ بالثَّمنِ الذي بَقيَ لَهُ . . فلا كلامَ ، وإنِ ٱختارَ الرجوعَ إلىٰ عينِ مالهِ علىٰ القولِ **الجديدِ** . . فبكمْ يَرجِعُ ؟ قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ هاهنا : (يَرجِعُ في العبدِ الباقي بما بَقيَ مِنَ الثَّمنِ) . وقالَ في (الصَّداقِ) : (إذا أَصدَقها عَبدينِ ، فتَلِفَ أَحدُهما ، وطلَّقَها قَبلَ الدخولِ . . أنَّها علىٰ قولينِ :

أَحدُهما : يأخذُ نِصفَ الموجودِ ونِصفَ قيمةِ التالفِ .

والثاني : أنَّهُ بالخيارِ : بينَ أَنْ يأخذَ نِصفَ الموجودِ ، ونِصفَ قيمةِ التالفِ ، وبينَ أَنْ يَترُكَ الموجودَ ، ويأخذَ نِصفَ قيمتِهما) .

وقالَ في (الزكاةِ) : (إذا أَصدَقها خمساً مِنَ الإبلِ ، فحالَ عليها الحَولُ ، فباعتْ منها بقَدرِ شاةٍ ، وأَخرجَتْها ، ثُمَّ طلَّقَها قبلَ الدخولِ . . كانَ لَهُ أَنْ يأخذَ بعيرينِ ونِصفاً ، فحصلَ في الصداقِ ثلاثةُ أَقوالٍ :

أَحدُها : يأخذُ نِصفَ الصَّداقِ مِنَ الباقي ـ وهٰذا موافقٌ لِمَا قالَهُ في المُفلِسِ ـ .

والثاني : يأخذُ نِصفَ الموجودِ ونِصفَ قيمةِ التالفِ .

والثالثُ : أنَّهُ بالخِيارِ : بينَ أَنْ يأخذَ الموجودَ بنِصفِ الصَّداقِ ، وبينَ أَنْ يَترُكَ الموجودَ ، ويأخذَ نِصفَ قيمتِهما) .

وٱختلفَ أَصحابُنا في مسأَلةِ المُفلِسِ :

فمنهمْ مَنْ قالَ : في المُفلِسِ أَيضاً قولانِ :

أَحدُهما : يأخذُ الباقيَ مِنَ العبدينِ بما بَقيَ لَهُ مِنَ الثَّمَنِ ، ويكونُ النِّصفُ الذي أَخذَ حِصَّةَ التالفِ ؛ لأنَّهُ لمّا جازَ للبائعِ أَخذُ جميعِ المبيعِ إذا وَجدَهُ كلَّهُ . . جازَ لَهُ أَخذُ بعضِهِ إذا تعذَّرَ الكلُّ ، كما قلنا في الشفيعِ .

والثاني : يأخذُ نِصفَ الموجودِ بنصفِ ما بَقيَ لَهُ ، ويَضرِبُ معَ الغُرَماءِ بنِصفِهِ ؛ لأَنَّهُ إِذا باعَ عَبدينِ مُتساويي القيمةِ بمئةٍ . . فقد باعَ كلَّ واحدٍ منهما بخمسينَ ، فإذا قَبضَ خمسينَ مِنْ مئةٍ . . فقد قَبضَها مِنْ ثَمنِها ، بدليلِ : أَنَّهما لو كانا قائمينِ . . لَرَجَعَ في نِصفِهما ، فإذا تَلِفَ أَحدُهما . . رَجعَ في نصفِ الباقي بنصفِ ما بَقيَ ، وضَربَ معَ الغُرماءِ بحِصَّةِ ما تَلِفَ مِنَ الذي لَمْ يَقبِضْهُ .

قالَ هٰذا القائلُ : ولا يَجيءُ هاهنا القولُ الثالثُ في الصَّداقِ ، وهوَ أَنْ يَترُكَ الموجودَ ، ويأخُذَ نِصفَ قيمتِهما ؛ لأَنَّ ذمَّةَ الزوجةِ مليئَةٌ ، وذمَّةَ المُفلِسِ خَرِبَةٌ ، فلا يُمكِنُ تَركُ الشيءِ كُلِّهِ ، والرجوعُ إِلىٰ القيمةِ ؛ لأَنَّهُ لا يَصلُ إِليها .

وَمِنْ أَصحابِنا مَنْ حَملَ المسأَلتينِ علىٰ ظاهرِهما ، فقالَ : في الصَّداقِ ثلاثةُ أَقوالٍ ، وفي المُفلِسِ يأخذُ البائعُ العبدَ الباقيَ بما بَقيَ لَهُ مِنَ الثَّمنَ ، قولاً واحداً ، والفرقُ بينَهما : أَنَّا إِذا قلنا في الصَّداقِ : يأخذُ الزوجُ نِصفَ الموجودِ ونِصفَ قيمةِ التالفِ . . فلا ضَرَرَ عليهِ ؛ لأَنَّهُ يَصلُ إِلىٰ حقِّهِ ؛ لأَنَّ ذِمَّةَ الزوجةِ مليئَةٌ ، وفي المُفلِسِ لو قلنا : يأخذُ البائعُ نِصفَ الباقي بنِصفِ ما بَقيَ ، ويَضرِبُ معَ الغُرَماءِ بنِصفِ ما بَقيَ لَهُ . . لَمْ يَأمنْ أَنْ لا يَصِلَ إِلىٰ كمالِ حقِّهِ ؛ لأَنَّ ذِمَّةَ المُفلِسِ خَرِبَةٌ .

مسأَلةٌ : [وجود ماله مرهوناً] :

وإِنْ وَجدَ البائعُ عينَ مالهِ مرهونةً عندَ آخرَ . . لَمْ يكنْ لَهُ أَنْ يَرجِعَ فيها ؛ لأَنَّ المشتريَ قَد عَقَدَ علىٰ ما ٱشتراهُ عقداً منعَ نفسَهُ مِنَ التصرُّفِ فيهِ ، فلَمْ يكنْ لبائعهِ الرجوعُ فيهِ ، كما لو باعَها المشتري أَو وهبَها .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّ حقَّ المرتَهِنِ مُقدَّمٌ علىٰ حقِّ البائع ؛ لأَنَّهُ أَسبقُ ، فإِنْ كانَ الدَّينُ المرهونُ بهِ مثلَ قيمةِ الرهنِ أَو أَكثرَ . . بيعتِ العينُ في حقِّ المرتَهِنِ ، ولا كلامَ . وإِنْ كانَ الدَّينُ المرهونُ بهِ أَقلَّ مِنْ قيمةِ الرهنِ بيعَ مِنَ الرهنِ بقدَرِ دينِ المرتَهِنِ ، وكانَ للبائعِ أَنْ يَرجِعَ في الباقي منها ؛ لأَنَّهُ لا حقَّ لأَحدٍ فيما بَقيَ منها ، وإِنْ لَمْ يُمكنْ بيعُ بعضِ الرهنِ بحقِّ المرتَهِنِ إِلاّ ببيعِ جميعِ الرهن ، فبيعَ جميعُ الرهنِ وقُضيَ حقُّ المرتَهِنِ مِنْ ثَمَنِ الرهنِ ، وبَقيَ مِنَ الثَّمنِ بعضُهُ . . **فالذي يقتضي المذهبُ** : أَنَّ البائعَ لا يكونُ

أَحقَّ بالباقي مِنَ الثَّمَنِ ، بَلْ يُصرفُ ذٰلكَ إِلىٰ جميعِ الغُرَماءِ ؛ لأَنَّ حقَّهُ يختصُّ بالعينِ دونَ ثمنِها .

مسأَلَةٌ : [إفلاس مشتري الشفعة] :

وإذا ٱشترىٰ رجلٌ مِنْ رجلٍ شِقصاً مِنْ دارٍ أَو أَرضٍ ، فَثبَتَتْ فيهِ الشُّفْعَةُ ، فأَفلسَ المشتري ، وحُجِرَ عليهِ قبلَ أَنْ يأخذَ الشفيعُ . . فهلِ البائعُ أَحقُّ بالشِّقْصِ ، أَمِ الشفيعُ ؟ فيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها : أَنَّ الشفيعَ أحقُّ ، ويكونُ الثَّمنُ بينَ الغُرَماءِ ؛ لأَنَّ حقَّ الشفيعِ أَسبقُ ؛ لأَنَّ حقَّهُ ثَبَتَ بالبيعِ ، وحقُّ البائعِ ثَبَتَ بالحَجْرِ ، فقُدِّمَ السابقُ .

والثاني : أَنَّ البائعَ أَحقُّ بالشِّقصِ ؛ لأَنَّهُ إذا رَجعَ في الشِّقصِ . . زالَ الضررُ عنهُ وعَنِ الشفيعِ ؛ لأَنَّهُ عادَ كما كانَ قبلَ البيعِ ، ولَمْ تَتجدَّد شَرِكةُ غيرِهِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وهٰذا مدخولٌ ؛ لأَنَّ مَنْ باعَ شِقصاً ، فثبَتَت لَهُ فيهِ الشُّفعَةُ ، ثُمَّ ٱستقالَهُ البائعُ ، فأَقالَهُ قَبلَ أَنْ يأخذَ الشفيعُ . . فإنَّ البائعَ عادَ للشفيعِ شريكاً كما كانَ ، ومعَ ذٰلكَ لَهُ الأَخذُ بالشُّفعةِ .

والوجهُ الثالثُ : أَنَّ الشفيعَ أَولىٰ بالشِّقصِ ، ويؤخذُ منهُ الثَّمنُ ، ثُمَّ يُسلَّمُ إِلىٰ البائعِ دونَ سائرِ الغُرَماءِ ؛ لأَنَّ في ذٰلكَ جمعاً بينَ الحَقَّينِ ، وإزالةَ الضررِ عنهما .

فرعٌ : [بيع الصيد من المحرم] :

وإنْ باعَهُ صيداً ، فأَحرمَ البائعُ ، وأَفلسَ المشتري . . لَمْ يكنْ للبائعِ أَنْ يَرجِعَ في الصيدِ ، كما لا يجوزُ أَنْ يبتاعَهُ .

مسأَلَةٌ : [الدين المؤجل لا يحل بالحَجْر] :

وإنِ ٱشترىٰ رجلٌ أَعياناً بأَثمانٍ مؤَجَّلةٍ ، فحُجِرَ علىٰ المشتري لديونٍ حالَّةٍ عليهِ ، وكانتِ الأَعيانُ التي ٱشتراها بالمؤجَّلِ باقيةً في يدهِ لَمْ يتعلَّقْ بها حقُّ غيرِهِ ، فإنْ قلنا :

إِنَّ الدَّينَ المؤجَّلَ لا يَحِلُّ بالحَجرِ . . فما الحُكمُ في الأَعيانِ التي ٱشتراها بالأَثمانِ المؤَجَّلةِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهو المنصوصُ ، ولَمْ يَذكرِ الشيخُ أَبو حامدٍ غيرَهُ ـ : (أَنَّها تباعُ ، وتُفرَّقُ أثمانُها علىٰ أَصحابِ الديونِ الحالَّةِ) ؛ لأَنَّها حقوقٌ حالَّةٌ ، فقُدِّمتْ علىٰ الديونِ المؤَجَّلةِ ، وتبقىٰ الديونُ المؤَجَّلةُ في ذمَّتِهِ إِلىٰ الأَجلِ ، فإِذا أَيسرَ . . طالبوهُ بها ، وإِلاَّ كانتْ في ذمَّتِهِ إِلىٰ أَنْ يوسِرَ .

والوجهُ الثاني ـ حكاهُ في « المهذَّبِ » ـ : أَنَّها لا تُباعُ ، بلْ تُوقفُ إِلىٰ أَنْ تَحِلَّ الديونُ المؤَجَّلةُ ، فيخيَّرُ بائعوها : بينَ فسخِ البيعِ فيها ، أَوِ التركِ .

قالَ : وإِليهِ أَشارَ في « الإِملاءِ » ؛ لأَنَّ بالحَجرِ تَعلَّقتِ الديونُ بمالهِ ، فصارَ المبيعُ كالمرهونِ في حقِّهِ بدينٍ مؤَجَّلٍ ، فلَمْ يُبَعْ في الديونِ الحالَّةِ .

وأَمّا إِذا قلنا : إِنَّ الديونَ المؤَجَّلةَ تَحِلُّ بالحَجرِ . . فما الحُكمُ في الأَعيانِ المشتراةِ بها ؟ فيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ ، حكاها صاحبُ « التعليقِ »[1] :

أَحدُها ـ وهوَ قولُ أَبي إِسحاقَ ـ : إِنَّ تلكَ الأَعيانَ لا تُباعُ في حقِّ أَصحابِ الديونِ المعجَّلةِ ، ولا تُسلَّمُ إِلىٰ بائعِها أَيضاً ، بَلْ تُوقفُ ، فإِذا قُسِمَ مالُهُ . . فُكَّ عنهُ الحَجرُ إِلاَّ في تِلكَ الأَعيانِ ، فإِنَّ الحَجرَ باقٍ عليهِ فيها إِلىٰ أَنْ يَحِلَّ الأَجلُ ، فإِنْ قَضىٰ أَصحابَ الديونِ المُؤجَّلةِ حُقوقَهم ، وإِلاَّ أَخذُوها .

والوجهُ الثاني : أَنَّ أَصحابَ الديونِ المُعَجَّلةِ يَضربونَ بدُيونِهمْ معَ أَصحابَ الديونِ المؤَجَّلةِ ، فما يَخصُّ أَصحابَ الديونِ المؤَجَّلةِ مِنَ المالِ يُعزلُ لَهمْ ، ويُفكُّ الحجرُ عَنِ المُفلِسِ ، ويَتصرَّفُ فيهِ ، وفي الأَعيانِ المبيعةِ بالأَثمانِ المؤجَّلةِ . . يتصرَّفُ فيها أَيضاً إِلىٰ أَنْ يَحِلَّ الأَجلُ ، فإِنْ قضاهمْ ديونَهمْ ، وإِلاَّ أُعيدَ عليهِ الحَجرُ .

والثالث ـ وهو قولُ الشيخِ أَبي حامدٍ ـ : إِنَّ أَصحابَ الديونِ المؤَجَّلَةِ يُساوونَ أَصحابَ الديونِ المْعجَّلةِ[2] ، فمَنْ كانَ لَهُ عينُ مالٍ . . رَجعَ في عينِ مالهِ ، وأَخذَها ،

---

(١) في نسخة : « الفروع » .

(٢) في نسخة : (الحالة) .

ومَنْ لَمْ يكنْ لَهُ عينُ مالٍ باقيةٌ . . ضاربَ[1] الغُرَماءَ بحِصَّتهِ ، فما خَصَّهُ مِنَ المالِ . . أَخذَهُ ، وتَصرَّفَ فيهِ ، كما لو ماتَ وعليهِ دُيونٌ مُؤَجَّلةٌ .

مسأَلةٌ : [اشترىٰ بدين وباع ثم أفلس] :

وإِنِ ٱشترىٰ عيناً بثمنٍ في ذمَّتهِ ، فباعَها مِنْ غيرهِ ، أَو وهبَها منهُ ، وأَقبضَها ، ثُمَّ أَفلسَ المشتري . . لَمْ يكنْ للبائعِ إِلاّ الضربُ معَ الغُرَماءِ ؛ لأَنَّها خارجةٌ عَنْ مِلْكِ المشتري ، فهوَ كما لو تَلِفتْ . وإِنْ رجَعتْ إِلىٰ مِلْكِ المشتري بإِرثٍ ، أَو هِبةٍ ، أَو وصيَّةٍ ، ثُمَّ أَفلسَ . . فهلْ يَرجِعُ البائعُ بها ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهُما : لا يَرجِعُ ؛ لأَنَّ هٰذا المِلْكَ ٱنتقلَ إِليهِ مِنْ غيرِ البائعِ .

والثاني : للبائعِ أَنْ يَرجِعَ فيها ؛ لأَنَّهُ وجدَ عينَ مالهِ خالياً عَنْ حقِّ غيرهِ ، فهوَ كما لَو لَمْ يَخرُجْ عَنْ مِلْكِ المُشتري .

فإِذا قلنا بهٰذا الوجهِ ، وكانَ المشتري قدِ ٱشتراها ممَّنْ هيَ في يدهِ بثمنٍ في ذِمَّتهِ ، فأَفلسَ بالثمنينِ ، وحُجِرَ عليهِ . . فأَيُّ البائعينِ أَحقُّ بالعينِ ؟ فيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ ، حكاها المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٢٧١] :

أَحدُها : البائعُ الأَوَّلُ أَحقُّ بها ؛ لأَنَّ حقَّهُ أَسبقُ .

والثاني : أَنَّ البائعَ الثاني أَحقُّ بها ؛ لأَنَّهُ أَقربُ .

والثالثُ : أَنَّهما سواءٌ ؛ لأَنَّهما مُتساويانِ في سببِ الاستحقاقِ .

مسأَلةٌ : [وجود المبيع أو بعضهِ عند المفلس] :

هٰذا الذي ذَكرناهُ إِذا وجدَ البائعُ العينَ المبيعةَ بحالِها لَمْ تَنقُصْ ولَمْ تَزِدْ ، فأَمّا إِذا وَجدَها ناقصةً : فلا يَخلو : إِمّا أَنْ يكونَ نُقصانُ جُزءٍ يَنقسِمُ عليهِ الثَّمنُ ويَصِحُّ إِفرادُهُ بالبيعِ ، أَو نُقصانُ جُزءٍ لا يَنقسمُ عليهِ الثَّمنُ ولا يَصِحُّ إِفرادُهُ بالبيعِ .

---

(١) ضارب : شارك .

فإنْ كانَ نُقصانُ جُزءٍ يَنقسمُ عليهِ الثَّمنُ ، بأَنْ باعَهُ عبدينِ بثَمنٍ ، فقبَضَهما المُشتري ، فتَلِفَ أَحدُهما ، وأَفلَسَ قَبلَ أَنْ يَقبِضَ البائعُ الثَّمنَ ، أَو كانَ ثوباً ، فتَلِفَ بعضُهُ ، أَو نَخْلةً مُثمِرَةً مُؤبَّرَةً ، فتَلِفَتِ الثَّمرةُ قَبلَ أَنْ يَقبِضَ البائعُ الثمنَ . . فالبائعُ بالخيارِ : بينَ أَنْ يَترُكَ ما بَقيَ مِنَ المبيعِ ، ويَضرِبَ بجميعِ الثَّمنِ معَ الغُرَماءِ ، وبينَ أَنْ يَرجِعَ فيما بَقيَ مِنَ المَبيعِ بحِصَّتهِ مِنَ الثَّمنِ ، ويَضرِبَ معَ الغُرماءِ بِحصَّةِ ما تَلِفَ مِنَ المَبيعِ مِنَ الثَّمنِ ، سواءٌ تَلِفَ بآفةٍ سماويَّةٍ ، أَو بفعلِ المُشتري ، أَو بفعلِ أَجنبيٍّ ، فالحُكمُ واحدٌ في رجوعِ البائعِ ، وإِنَّما كانَ كذٰلكَ ؛ لأَنَّ البائعَ يَستحقُّ المَبيعَ في يدِ المُفلِسِ بالثَّمَنِ ، كما يَستحِقُّ المُشتري المبيعَ في يدِ البائعِ بالثمنِ ، ثمَّ المُشتري إِذا وَجدَ بعضَ المَبيعِ في يدِ البائعِ . . كانَ لَهُ أَنْ يأخذَهُ بحِصَّتهِ مِنَ الثَّمنِ ، فكذٰلكَ هٰذا مثلُهُ . فإِنْ كانَ المَبيعُ عبدينِ أَو ثوبينِ ، وتَلِفَ أَحدُهما ، وأَرادَ تقسيطَ الثَّمنِ عليهما . . قُوِّمَ كلُّ واحدٍ منهما بٱنفرادِهِ ، وقُسِمَ الثَّمنُ المسمّىٰ علىٰ قيمتِهما ، فما قابلَ التالفَ . . ضربَ بهِ معَ الغُرماءِ ، وما قابَلَ الباقيَ . . رَجَعَ في الباقي منهما بما قابلَهُ . وإِنْ باعَهُ نخلةً عليها ثَمرةٌ مُؤبَّرَةٌ ، وٱشترطَ المُشتري دخولَ الثَّمرةِ في البيعِ ، ثُمَّ أَتلفَ المشتري الثَّمرةَ ، أَو تَلِفَتْ ، وأَفلسَ ، وٱختارَ البائعُ الرجوعَ في النخلةِ . . فإِنَّهُ يَرجِعُ فيها بِحصَّتها مِنَ الثَّمنِ ، ويَضرِبُ معَ الغُرَماءِ بما يقابلُ الثَّمرةَ مِنَ الثَّمنِ .

وحكىٰ المَحامليُّ عَنْ بعضِ أَصحابِنا : أَنَّهُ يَرجِعُ في النخلةِ بجميعِ الثَّمنِ . وليسَ بشيءٍ . فإِذا أَرادَ أَنْ يَرجِعَ في النخلةِ بحصَّتِها مِنَ الثَّمنِ . . قالَ صاحبُ « المهذَّبِ » : فكيفيَّةُ ذٰلكَ : أَنْ يُقوِّمَ النخلةَ معَ الثَّمرةِ ، ثُمَّ يُقوِّمَ النخلةَ مِنْ غيرِ ثَمرةٍ ، ويَرجِعَ بما بينَهما مِنَ الثَّمنِ .

وأَمَّا الشيخُ أَبو حامدٍ ، وٱبنُ الصبّاغِ فقالا : تُقوَّمُ النخلةُ منفردةً . فإِنْ قيلَ : قيمتُها تِسعونَ . . قوِّمتِ[1] الثمرةُ مُنفردةً ، فإِنْ قيلَ : قيمتُها عشرةٌ . . عَلِمنا أَنَّ قيمةَ الثَّمرةِ العُشْرُ ، فيُعلَمُ أَنَّ الذي يُقابلُ الثَّمرةَ عُشْرُ الثَّمنِ المسمَّىٰ ، فيَضرِبُ بهِ معَ الغُرماءِ ، ويأخذُ النخلةَ بتسعةِ أَعشارِ الثَّمَنِ .

---

(١) في (م) : (ثم يُقوّم) .

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (وتُقوَّمُ يومَ قَبضِها) .

قالَ أَصحابُنا : وليسَ هٰذا علىٰ إطلاقهِ ، وإنَّما تُقوَّمُ بأَقلِّ الأَمرينِ مِنْ يومِ العقدِ ، أَو يومِ القبضِ ؛ لأَنَّ القيمةَ إنْ كانتْ يومَ العقدِ أَقلَّ . . قوِّمتْ وقتَ العقدِ ؛ لأَنَّ الزيادةَ حدثتْ في مِلْكِ المُفلِسِ ، فلا يكونُ للبائعِ فيها حقٌّ . وإنْ كانتِ القيمةُ يومَ القَبضِ أَقلَّ . . قوِّمتْ يومَ القَبضِ ؛ لأَنَّ ما نَقَصَ في يدِ البائعِ كانَ مضموناً عليهِ ، فلا يَرجِعُ البائعُ علىٰ المُفلِسِ بما نَقَصَ في يدهِ .

وإنِ ٱشترىٰ منهُ نخلةً عليها طلعٌ غيرُ مؤبَّرٍ . . فإنَّ الطلعَ يَدْخلُ في البيعِ ، فإنْ أَتلفَ المُشتري الثَّمرةَ أَو تَلِفتْ في يدهِ ، وأَفلسَ ، فٱختارَ البائعُ الرجوعَ في النخلةِ . . فهلْ يَضرِبُ معَ الغُرَماء بحصَّةِ الثَّمرةِ مِنَ الثَّمنِ ، أَو يَرجِعُ في النخلةِ بجميعِ الثَّمنِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهُما : يَضرِبُ معَ الغُرَماءِ بحصَّةِ الثَّمرةِ مِنَ الثَّمنِ ؛ لأَنَّها ثَمرةٌ يجوزُ إفرادُها بالعقدِ ، فرجَعَ بِحصَّتِها مِنَ الثَّمنِ ، كما لو كانتْ مُؤبَّرةً .

فعلىٰ هٰذا : كيفيَّةُ التقسيطِ علىٰ ما مضىٰ في المُؤبَّرةِ .

والثاني : لا يَضرِبُ بحِصَّةِ الثَّمرةِ ، معَ الغُرَماءِ ، بَلْ يأخذُ النخلةَ بجميعِ الثَّمنِ ، أَو يَضرِبُ بهِ معَ الغُرَماءِ ؛ لأَنَّ الطلعَ غيرَ المؤبَّرِ يَجري مَجرىٰ جُزءٍ مِنْ أَجزاءِ النخلةِ ، بدليلِ : أَنَّها تدخلُ في العقدِ بالإطلاقِ ، فصارتْ كالسَّعَفِ . ولو أَفلَسَ ، وقَدْ تَلِفَ شيءٌ مِنَ السَّعَفِ . . لَمْ يَضرِبْ بحِصَّتِها مِنَ الثَّمنِ ، فكذٰلكَ هٰذا مثلُهُ .

وأَصلُ هٰذا : هلْ للطلعِ قَبلَ التأبيرِ نَماءٌ متميِّزٌ ، أَو غيرُ متميِّزٍ ؟ فيهِ وجهانِ . هٰكذا ذَكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ .

وإنْ كانَ النُّقصانُ مِمّا لا يَنقسمُ عليهِ الثَّمنُ ، بأَنْ كانَ المَبيعُ عبداً صحيحاً ، فصارَ أَعورَ العينِ أَو مقطوعَ اليدِ ، أَو ثوباً صحيحاً ، فوَجدَهُ البائعُ مَخروقاً ، أَو داراً ذهبَ تأليفُها[1] في يدِ المشتري ، فإنِ ٱختارَ البائعُ أَنْ يَضرِبَ معَ الغُرَماءِ بالثَّمنِ . . فلا كلامَ ، وإنِ ٱختارَ أَنْ يَرجِعَ بعينِ مالهِ . . نَظرتَ :

---

(١) **تأليفها** ـ مأخوذ من الائتلاف ـ : أي اجتماع غرفها وبيوتها مع مرافقها .

فإنْ لَمْ يَجِبْ في مُقابلةِ ما ذَهبَ أَرشٌ ، بأَنْ ذَهبَ ذٰلكَ بآفةٍ سماويَّةٍ ، أَو بفعلِ المُشتري . . فإنَّ البائعَ يَرجِعُ في المبيعِ ناقصاً بجميعِ الثَّمنِ ، كما قلنا فيمنِ ٱشترىٰ عبداً ، فذهبتْ عينُهُ أَو يدُهُ بآفةٍ سَماويَّةٍ في يدِ البائعِ ، فإنَّ المشتريَ إذا ٱختارَ إجازةَ البيعِ . . أَخذَهُ بجميعِ الثَّمنِ .

وإنْ وجبَ للنُّقصانِ أَرشٌ ، بأَنْ ذَهبَ ذٰلكَ بفعلِ أَجنبيٍّ . . فإنَّ البائعَ يَرجِعُ في العينِ بحِصَّتِها مِنَ الثَّمنِ ، فيَضرِبُ معَ الغُرَماءِ بحِصَّةِ ما تَلِفَ مِنَ العينِ المَبيعةِ مِنَ الثَّمنِ ، ويَرجِعُ المُشتري علىٰ الأَجنبيِّ بالأَرشِ ، وإنَّما كانَ كذٰلكَ ؛ لأَنَّ الأَرشَ الَّذي يأخذُهُ المُشتري مِنَ الأَجنبيِّ بَدَلٌ عَنِ الجُزءِ الفائتِ مِنَ المَبيعِ ، ولو كانَ ذٰلكَ الجُزءُ مَوجوداً . . لرَجعَ بهِ البائعُ ، فإذا كانَ معدُوماً . . رَجعَ بما قابلَهُ مِنَ الثَّمنِ .

فإنْ قيلَ : هَلاّ قلتُمْ : إنَّ البائعَ يأخذُ ذٰلكَ الأَرشَ ؟ قُلنا : لا نقولُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ البائعَ لا يَستحِقُّ الأَرشَ ، وإنَّما يَستحِقُّ ما قابلَ ذٰلكَ الجُزءَ مِنَ الثَّمنِ ، كما أَنَّ الأَجنبيَّ لو أَتلفَ جميعَ المَبيعِ . . لَمْ يَرجِعِ البائعُ بما وَجَبَ علىٰ الجاني مِنَ القيمةِ ، وإنَّما يَرجِعُ بالثَّمنِ . وبيانُ ما يَرجِعُ بهِ ، أَنْ يُقالَ : كَمْ قيمةُ هٰذهِ العينِ قَبلَ الجنايةِ عليها ؟ فإنْ قيلَ : مِئةٌ . . قيلَ : فكم قيمتُها بعدَ الجنايةِ عليها ؟ فإنْ قيلَ : تِسعونَ . . عَلِمنا أَنَّ النقصَ عُشرُ القيمةِ ، فيَضرِبُ البائعُ مَعَ الغُرماءِ بعُشرِ الثَّمنِ . فأَمّا المُفلِسُ : فيَرجِعُ علىٰ الجاني بالأَرشِ ، فإن كانَ المَبيعُ مِنْ غيرِ الرَّقيقِ . . رَجعَ بما نَقصَ مِنْ قيمتِهِ بالجنايةِ ، وإنْ كانَ مِنَ الرَّقيقِ . . نُظِرَ إلىٰ ما أَتلفَهُ منهُ ، فإنْ كانَ مَضموناً مِنَ الحُرِّ بالدِّيَةِ . . كانَ مَضموناً مِنَ العبدِ بالقيمةِ ، وإنْ كانَ مَضموناً مِنَ الحُرِّ بالحُكومةِ . . كانَ مَضموناً مِنَ العبدِ بما نَقصَ مِنَ القيمةِ ، ويكونُ ذٰلكَ للغُرَماءِ ، سواءٌ كانَ أَكثرَ مِمّا رَجعَ بهِ البائعُ أَو أَقلَّ منهُ .

فرعٌ : [وجد البائع المفلس قد أَجَّر المُباع] :

وإنْ وَجدَ البائعُ المَبيعَ وقد أَجَّرهُ المُشتري ، ولَمْ تَنقضِ مدَّةُ الإجارةِ ، وٱختارَ البائعُ الرجوعَ في العينِ . . كانَ لَهُ ذٰلكَ ، وٱستوفىٰ المستأجرُ مدَّةَ إجارتِهِ ، ولا يأخذُ البائعُ الأُجرةَ ولا شيئاً منها ؛ لأَنَّ المبتاعَ مَلَكَ ذٰلكَ بالعقدِ ، فصارَ ذٰلكَ كالعيبِ ، وهٰكذا :

إذا كانَ المبيعُ عبداً أو جاريةً ، فزوَّجها المُبتاعُ ، واْختارَ الرجوعَ في عينِ مالِهِ . . كانَ لَهُ ذٰلكَ ، والنكاحُ بحالِهِ ، ولا شيءَ لَهُ مِنْ مَهرِ الأَمَةِ . وإنْ دبَّرهُ المُبتاعُ ، أَو أَوصىٰ بعِتْقهِ ، أَو علَّقَ عِتْقَهُ بصفةٍ . . كانَ للبائعِ الرجوعُ ، واْنفسختْ هٰذهِ التصرُّفاتُ . وإنْ كاتبَهُ المُبتاعُ . . لَمْ يكنْ للبائعِ الرجوعُ فيهِ ؛ لأَنَّهُ عقدٌ لازمٌ مِنْ جهةِ المشتري ، فإنْ عَجَّزَ العبدُ نفسَهُ . . كانَ للبائعِ أَنْ يَرجِعَ فيهِ ، كمَا إذا رَهنَ المبتاعُ العينَ المبيعةَ ، ثُمَّ زَالَ حقُّ المرتَهِن عنها .

مسأَلةٌ : [وجد البائع عين ماله نامياً] :

وإنْ وجَدَ البائعُ عينَ مالهِ زائدةً . . نظرتَ : فإنْ كانتِ الزيادةُ غيرَ متميِّزةٍ ، كالسِّمَنِ والكِبَرِ وما أَشبهَهُما ، فاْختارَ البائعُ الرجوعَ في العينِ . . رَجَعَ فيها معَ زيادتِها ؛ لأَنَّها زيادةٌ لا تتميَّزُ ، فتَبِعتِ الأَصلَ في الرجوعِ بها ، كالردِّ بالعيبِ .

فرعٌ : [بيع النخل مؤبرة وغير مؤبرة] :

فإنْ باعَهُ نخلاً عليها طلعٌ مؤبَّرٌ ، واْشترطَ المشتري دخولَ الثَّمرةِ في البيعِ ، فأَدرَكَتِ الثَّمرةُ في يدِ المشتري وَجدَّها وجفَّفَها ، ثُمَّ أَفلسَ ، والجميعُ في مِلْكِهِ ، لَمْ يَتعلَّقْ بهِ حقُّ غيرهِ . . فإنَّ للبائعِ أَنْ يَرجِعَ في النخلِ والثَّمرةِ وإنْ كانَ مُجفَّفاً ؛ لأَنَّ هٰذهِ الزيادةَ غيرُ مُتميِّزةٍ ، فهيَ كسِمَنِ الجاريةِ .

وإنْ باعَهُ نخلاً عليها طلعٌ غيرُ مؤبَّرٍ ، فأَبَّرها المُشتري ، ثُمَّ أَفلسَ . . فهل للبائعِ الرجوعُ فيها ؟ قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٢٧٢] : فعلىٰ قولينِ ، بناءً علىٰ أَنَّ الثَّمرةَ هلْ تُعلَمُ قبلَ التأبيرِ ؟ وفيهِ قولانِ .

قلتُ : ويُشبهُ أَنْ تكونَ علىٰ طريقةِ أَصحابِنا البغداديِّينَ علىٰ وجهينِ ، بناءً علىٰ أَنَّ الثَّمرةَ قَبلَ التأبيرِ نماءٌ متميِّزٌ ، أَو غيرُ متميِّزٍ ، وقدْ مضىٰ ذِكرُهما .

وإنْ باعَهُ أَرضاً ، وفيها بَذرٌ[1] مُودَعٌ فيها ، واْشترطَ دخولَ البَذرِ في البيعِ . . فهل

---

(١) البَذْر : المبذور من حبِّ الحنطة ونحوها ممّا يزرع في الأرض . والبَذرة واحدة البَذر : =

يَصِحُّ بيعُ البَذرِ ؟ قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فيهِ قولانِ . وغيرُهُ مِنْ أَصحابِنا قالَ : هُما وجهانِ ، وقد مضىٰ ذٰلكَ في البيوعِ .

فإذا قلنا : يَصِحُّ البيعُ في البَذرِ ، فأَفلسَ المُشتري ، فإِنْ كانَ قَبلَ أَنْ يَخرُجَ البَذرُ عَنِ الأَرضِ . . رَجَعَ البائعُ في الأَرضِ وفي البَذرِ ، ولا كلامَ ، وإِنْ أَفلسَ بعدَ أَنْ صارَ البذرُ زَرعاً . . فإِنَّهُ يَرجِعُ في الأَرضِ ، وهلْ يَرجِعُ في الزرعِ ، أَو يَضرِبُ بِحِصَّةِ البَذرِ مِنَ الثَّمنِ معَ الغُرَماءِ ؟ فيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : يَرجِعُ في الأَرضِ وَحدَها ، ويَضرِبُ معَ الغُرَماءِ بثَمنِ البَذرِ ؛ لأَنَّ البائعَ إِنَّما يَرجِعُ بعينِ مالهِ إِذا كانتْ باقيةً بحالِها ، وهٰذا الزرعُ خَلَقَهُ اللهُ تعالىٰ ، ولَمْ يكنْ مَوجوداً حالَ البيعِ .

والثاني : يَرجِعُ في الزرعِ معَ الأَرضِ ، **وهو المنصوصُ** ؛ لأَنَّ هٰذا الزرعَ عينُ البَذرِ ، وإِنَّما حوَّلَهُ اللهُ تعالىٰ مِنْ حالةٍ إِلىٰ حالةٍ ، فرجعَ بهِ ، كالوَدِيِّ[1] إِذا صارَ نخلاً .

وإِنِ اشترىٰ منهُ أَرضاً فيها زرعٌ أَخضرُ ، واشترطَ دخولَ الزرعِ في البيعِ . . صحَّ البيعُ ، قولاً واحداً ، فإِنْ أَفلسَ المُشتري بعدَ ما اسْتُحصِدَ الزرعُ ، واشتدَّ حبُّهُ ، أَو كانَ قَدْ حَصَدَهُ وذَرّاهُ ونقّاهُ[2] . . فهلْ للبائعِ أَنْ يَرجِعَ في الأَرضِ معَ هٰذا الزرعِ ؟

قالَ عامَّةُ أَصحابِنا : فيهِ وجهانِ ، كالتي قبلَها .

وقالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : إِنْ قلنا **بالمنصوصِ** في التي قبلَها . . فللبائعِ أَنْ يَرجِعَ هاهنا فيهما ، وإِنْ قلنا بالوجهِ الثاني لبعضِ أَصحابِنا فيها . . فهاهنا وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَرجِعُ ؛ لِمَا مضىٰ .

= ما تتكون في الثمرة ، وتحتوي علىٰ الجنين النباتي .

(١) **الوَدِيُّ** ـ وزان فعيل ـ : صغار الفسيل ، الواحدة : ودِيَّة ، والفسيلة : النخلة الصغيرة تقطع من الأم ، أو تقلع من الأرض فتغرس ، وجزء من النبات يفصل عنه ويغرس ، تجمع علىٰ : فسائل .

(٢) في هامش (م) : (بغير همز) فوق ذراه ونقاه .

والثاني : يَرجِعُ ؛ لأَنَّهُ عينُ مالِهِ ، وإِنَّما تغيَّرت صفتُها ، فزادَتْ .

قالَ : وهٰكذا لو تغيَّرَ الزرعُ مِنْ خُضرةٍ إِلىٰ صُفرةٍ .

وإِنْ باعَهُ أَرضاً فيها نوىً مَدفونةٌ ، وٱشترطَ دخولَ النَّوىٰ في البيعِ . . ففيهِ وجهانِ ، **المذهبُ** : أَنَّهُ يدخلُ . فإِنْ أَفلسَ المشتري ، وقد صارَ النَّوىٰ نخلاً . . فهلْ يَرجِعُ البائعُ فيها معَ النخلِ ؟ فيهِ وجهانِ ، كالبَذْرِ إِذا صارَ زرعاً .

وإِنِ ٱشترىٰ منهُ بَيضاً ، فحضنَهُ تحتَ دَجاجةٍ حتّىٰ صارَ فرخاً[1] ، ثُمَّ أَفلسَ المشتري . . فهلْ يَرجِعُ البائعُ في الفِراخِ ؟ فيهِ وجهانِ ، كالبَذرِ إِذا صارَ زرعاً ، وتعليلُهما ما ذَكرناهُ .

فرعٌ : [الزيادة المتميزة في يدِ المفلس] :

وإِنْ كانتِ الزيادةُ مُتميِّزةً ، كاللَّبنِ ، وولدِ البهيمةِ . . رَجَعَ البائعُ في العينِ المَبيعةِ دونَ الزيادةِ ؛ لأَنَّها زِيادةٌ متميِّزةٌ ، فلَمْ تَتْبعِ الأَصلَ في الردِّ ، كما قلْنا في الردِّ بالعيبِ .

وإِنْ كانَ المَبيعُ أَرضاً فارغةً ، فزرعَها المُشتري ، أَو نَخْلاً لا ثَمرَةَ عليها ، فأَثمرَتْ في يدِ المُشتري وأُبِّرَتْ ، ثُمَّ أَفلسَ المُشتري ، وٱختارَ البائعُ الرجوعَ في عينِ مالِهِ . . فإِنَّهُ يَرجِعُ في الأَرضِ دونَ الزرعِ ، وفي النخلِ دونَ الثَّمرةَ ؛ لأَنَّها زِيادةٌ متميِّزَةٌ حَدثَتْ في ملكِ المشتري ، فلَمْ يكنْ للبائعِ فيها حقٌّ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فليسَ للبائعِ أَنْ يطالبَ المُشتريَ والغُرَماءَ بحصادِ الزرعِ ، ولا بجَذاذِ الثمرةِ قبلَ وقتِها ؛ لأَنَّ المشتريَ زَرعَ في أَرضِهِ ، فليسَ بظالمٍ ، والثمرةَ أَطلعَتْ في مِلْكِهِ ، فهوَ كما لو باعَ أَرضاً وفيها زرعٌ ، أَو نخلاً وعليها طلعٌ . . فإِنَّهُ لا يُجبَرُ علىٰ قَطعِ ذٰلكَ قَبلَ أَوانهِ ، ولا تجبُ للبائعِ أُجرةُ الأَرضِ ولا النخلِ إِلىٰ أَوانِ الحَصادِ والجَذاذِ ، كما لا يَجبُ ذٰلكَ للمشتري علىٰ البائعِ إِذا ٱشترىٰ أَرضاً وفيها زرعٌ ، أَو نخلاً عليها طَلْعٌ ، ثُمَّ يُنظرُ في المُفلسِ والغُرَماءِ : فإِنِ ٱتَّفقوا علىٰ قَطعِ الثمرةِ والزرعِ قَبلَ أَوانِ

(١) أي : صارت كلُّ بيضة فرخاً ، علىٰ حدِّ القاعدة : (مقابلة الجمع بالجمع تقتضي القسمة آحاداً) .

قَطعِهما . . جازَ ؛ لأَنَّ الحقَّ لهمْ ، وإِنِ ٱتَّفقوا علىٰ تَرْكِهِ إِلىٰ وقتِ الحَصَادِ والجَذَاذِ . . جازَ ، وإِنْ دعا بعضُهمْ إِلىٰ القطعِ قَبلَ أَوانِهِ ، ودعا بعضُهمْ إِلىٰ تَركهِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وبه قالَ عامَّةُ أَصحابِنا ، وهوَ المذهبُ ـ : أَنَّهُ يُجابُ قولُ مَنْ دعا إِلىٰ القَطعِ ؛ لأَنَّ الغُرَماءَ إِنْ كانوا همُ الطالبونَ للقطعِ . . أُجيبوا ؛ لأَنَّهمْ يقولونَ : حقوقُنا مُعجَّلَةٌ ، فلا يجبُ علينا التأخيرُ . وإِنْ كانَ المُفلسُ هوَ الطالبُ للقَطعِ . . أُجيبَ ؛ لأَنَّهُ يَستفيدُ بذٰلكَ إِبراءَ ذِمَّتهِ ، ولأَنَّ في التبقيةِ غَرَراً ؛ لأَنَّهُ قدْ يَتلفُ ، فأُجيبَ مَنْ دعا إِلىٰ القَطعِ .

والوجهُ الثاني ـ وهوَ قولُ أَبي إِسحاقَ ـ : أَنَّهُ يفعلُ ما فيهِ الحظُّ مِنَ القطعِ ، أَوِ التبقيةِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وهٰذا لا بأَسَ بهِ ؛ لأَنَّهُ قد يكونُ[1] مِنَ الثمرةِ والزرعِ مالَهُ قيمةٌ تافهةٌ ، أَو ما لا قيمةَ لَهُ ، والظاهرُ سلامتُهُ ، ولهٰذا يَجوزُ أَنْ يَزرعَ للصغيرِ المُولَّىٰ عليهِ .

فرعٌ : [باعه نخلاً لم يُطْلِع وأفلس] :

وإِنْ باعَهُ نخلاً لا ثَمرَةَ عليها ، فأَطلعَتْ في يدِ المشتري ، وأَفلسَ قبلَ التأبيرِ . . فهلْ للبائعِ أَنْ يَرجعَ في الثمرةِ معَ النخلِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما ـ رواهُ المُزَنيُّ ـ : (أَنَّهُ يَرجِعُ في الثمرةِ معَ النخلِ) ؛ لأَنَّهُ لو باعَهُ نَخْلةً ، عليها طلعٌ غيرُ مُؤَبَّرةٍ . . تَبِعَتِ الثمَرةُ النخلةَ في البيعِ ، فتَبِعَتْها أَيضاً في الفسخِ ، كالسِّمَنِ في الجاريةِ .

والثاني ـ رواهُ الربيعُ رحمهُ اللهُ ـ : (أَنَّهُ لا يَرجِعُ في الثمرَةِ) ؛ لأَنَّهُ يَصِحُّ إِفرادُها بالبيعِ ، فلَمْ يَتبَعِ النخلةَ في الفسخِ ، كالطَّلعِ المُؤَبَّرِ ، ويفارقُ البيعَ ؛ لأَنَّهُ زالَ مِلْكُهُ عَنِ النخلةِ بٱختيارهِ ، وهاهنا زَالَ بغيرِ ٱختيارهِ .

---

(١) في (م) : (يتلف) .

قالَ أَصحابُنا : فكلُّ موضعٍ زالَ مِلْكُ المالكِ عَنْ أَصلِ النخلةِ ، وعليها طلعٌ غيرُ مؤبَّرٍ بٱختيارِ المالكِ ، وكانَ زوالُ مِلْكِهِ عنها بعِوَضٍ . . فإِنَّ الثمرةَ تَتْبعُ الأَصلَ ، وذٰلكَ كالبيعِ ، والصُّلحِ ، والأُجرةِ في الإِجارةِ ، والصَّداقِ ، والخُلعِ ، وما أَشبهَ ذٰلكَ . وكلُّ مَوضِعٍ زَالَ مِلْكُهُ عَنْ أَصلِ النخلةِ بغيرِ ٱختيارِهِ ، فهلْ تَتْبعُ الثمرةُ الأَصلَ ؟ فيهِ قولانِ ، وذٰلكَ مِثْلُ مسأَلتِنا هٰذهِ في المُفلسِ ، ومِثلُ : أَنْ يشتريَ نخلةً لا ثمرةَ عليها بثمنٍ معيَّنٍ ، فتُطلِعَ النخلةُ في يدِ المُشتري ، ثُمَّ يَجِدَ البائعُ في الثمنِ عَيباً ، فيردَّهُ قَبلَ التأبيرِ ، فهلْ يَرجعُ البائعُ في الثمرةِ معَ النخلةِ ؟ علىٰ قولينِ .

وكذٰلكَ : إِذا ٱشترىٰ شِقصاً في أَرضٍ فيها نخلٌ ، وأَطلعتِ النخلُ في يدِ المُشتري ، ثُمَّ عَلِمَ الشفيعُ قَبلَ التأبيرِ ، فَشَفَعَ . . فهلْ يأخذُ الثمرةَ معَ النخلِ ؟ علىٰ هٰذينِ القولينِ .

وكذٰلكَ : كلُّ موضعٍ زالَ مِلْكهُ عَنِ الأَصلِ إِلىٰ غيرِهِ بٱختيارِهِ بغيرِ عِوَضٍ ، فهلْ يَتْبعُ الطلعُ الذي ليسَ بمؤبَّرٍ الأَصلَ ؟ فيهِ قولانِ أَيضاً ، وذٰلكَ مثلُ : أَنْ يهبَ الرجلُ لغيرِهِ نخلةً عليها طَلْعٌ غيرُ مؤبَّرٍ .

وكذٰلكَ : إِذا زالَ مِلْكهُ عَنِ الأَصلِ بغيرِ عِوَضٍ بغيرِ ٱختيارِهِ أَيضاً ، مِثلُ : أَنْ يهبَ الأَبُ لابنهِ نخلةً ، فأَطلعتْ في يدِ الابنِ ، ورجعَ الأَبُ فيها قَبلَ التأبيرِ ، فهلْ تَتْبعُ الثمرةُ الأَصلَ ؟ فيهِ قولانِ .

إِذا ثبتَ هٰذا : فإِنْ[1] باعَهُ نخلةً لا ثمرةَ عليها ، فأَطلعتْ في يدِ المُشتري ، وأَفلسَ قبلَ أَنْ تُؤَبَّرَ الثمرةُ ، فرجَعَ البائعُ في عينِ مالهِ :

فإِنْ قلنا : إِنَّ الثمرةَ لا تَتْبعُ النخلةَ في الفسخِ . . كانتِ الثمرةُ للمُفلسِ ، فإِنِ ٱتَّفقَ المُفلسُ والغُرَماءُ علىٰ تبقيتِها إِلىٰ أَوانِ جَذاذِها . . كانَ لهمْ ذٰلكَ ، وليسَ لبائعِ النخلةِ أَنْ يطالبَهمْ بقطعِها قبلَ ذٰلكَ ، ولا بأُجرةِ نَخْلَتهِ ؛ لأَنَّها حَدثتْ في مِلْكِ مالكِها ، وإِنِ ٱتَّفقوا علىٰ قطعِها . . جازَ ، وإِنْ دعا بَعضُهمْ إِلىٰ قطعِها ، وبعضُهمْ إِلىٰ تبقيتِها ؟ ففيهِ وجهانِ :

---

(١) في نسخ : (إِذا ثبت ما ذكرناه فإِذا) .

[أَحدُهما] : **قالَ عامَّةُ أَصحابِنا** : يُجابُ مَنْ دَعا إِلىٰ قطعِها .

و**[الثاني]** : قالَ أَبو إِسحاقَ : يفعلُ ما فيهِ الأَحوطُ[1] ، وقدْ مضىٰ دليلُ الوجهينِ .

وإِنْ قلنا : إِنَّ الثمرةَ تكونُ لبائعِ النخلِ ، فلَمْ يَرجعِ البائعُ حتَّىٰ أُبِّرتِ النخلُ . . كانتِ الثمرةُ للمُفلسِ والغُرَماءِ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّها قد صارتْ بمنزلةِ نماءٍ مُتميِّزٍ ، والحُكمُ في قطعِها وتبقيتِها علىٰ ما مضىٰ .

فإِنْ قالَ بائعُ النخلِ : قَدْ كنتُ رجعتُ فيها قبلَ التأبيرِ ، فإِنْ صدَّقهُ المُفلسُ والغُرَماءُ علىٰ ذٰلكَ ، أَو كذَّبوهُ وأَقامَ علىٰ ذٰلكَ بيِّنةً . . حُكِمَ لَهُ بالثمرةِ ، وإِنْ كذَّبَهُ المُفلسُ والغُرَماءُ ولا بيِّنةَ . . فالقولُ قولُ المُفلسِ معَ يَمينهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ الرجوعِ ، فإِذا حلَفَ المُفلسُ . . كانتِ الثمرةُ مِلْكاً لَهُ ، وقُسِمَتْ علىٰ الغُرَماءِ ، وإِنْ نكلَ عَنِ اليمينِ . . فهلْ يَحلِفُ الغُرَماءُ ؟ فيهِ قولانِ ، مضىٰ ذِكرُهما .

فإِذا قلنا : يَحلِفونَ ، فَحَلَفوا . . قُسِمَتِ الثمرةُ بينَهم ، وإِنْ نَكَلُوا ، أَو قلنا : لا يَحلِفونَ . . عُرِضَتِ اليمينُ علىٰ البائعِ ، فإِنْ حَلَفَ . . ثبَتَ مِلْكُ الطلعِ لَهُ ، وإِنْ نَكلَ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : سَقَطَ حقُّهُ ، وكانتِ الثمرةُ للمُفلسِ ، وقُسِّمَتْ بينَ الغُرَماءِ .

وإِنْ صدَّقَ الغُرَماءُ البائعَ ، وكذَّبوا المُفلسَ . . نظرتَ في الغُرَماءِ :

فإِنْ كانَ فيهمْ عَدْلانِ ، فشَهِدا للبائعِ : أَنَّهُ رَجَعَ قَبلَ التأبيرِ . . قُبلتْ شهادتُهما لَهُ ، وحُكِمَ بالثمرةِ للبائعِ ؛ لأَنَّهما لا يَجُرّانِ إِلىٰ أَنفسِهما بهٰذهِ الشهادةِ نفعاً ، ولا يدفعانِ بها ضرراً ، وكذٰلكَ إِنْ كانَ فيهمْ عدْلٌ واحدٌ ، وحلَفَ معهُ البائعُ . . حُكِمَ لَهُ بالثمرةِ .

وإِنْ كانوا فُسّاقاً ، أَو لَمْ تُقبلْ شهادتُهمْ للبائعِ لسببٍ مِنَ الأَسبابِ المانعةِ . . فالقولُ قولُ المُفلسِ معَ يَمينهِ .

قلتُ : **والذي يقتضيهِ المذهبُ** : أَنَّهُ يَحلِفُ ما يَعلَمُ أَنَّ البائعَ رَجَعَ فيها قَبلَ التأبيرِ ، وكذٰلكَ الغُرَماءُ إِذا حلَفوا ؛ لأَنَّهُ يَحلِفُ علىٰ نفيِ فعلِ الغيرِ ، فإِنْ حَلَفَ المُفلِسُ . . مَلَكَ الثمرةَ ، فإِنْ لَمْ يَختر دَفْعَ الثمرةِ إِلىٰ الغُرَماءِ ، ولا بَيْعَها لهمْ . . لَمْ يُجبَرْ علىٰ

---

(١) في (م) : (الحَظ) ، وفي نسخة : (الأحظ) .

ذٰلكَ ، ولا لَهمْ أَنْ يُطالبوهُ بذٰلكَ ، لأَنَّهم يُقِرُّونَ أَنَّها مِلْكٌ للبائعِ دونَ المُفلسِ ، ولٰكنْ يُصرَفُ إِليهمْ سائِرُ أَموالهِ ، ويُفَكُّ عنهُ الحَجرُ ، ويَتصرَّفُ في الثمرةِ كيفَ شاءَ ، وإِنْ ٱختارَ المُفلسُ دفْعَ الثمرةِ إِلىٰ الغُرَماءِ . . فهلْ يُجبَرُ الغُرَماءُ علىٰ قَبولِها ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهو المذهبُ ، ولَمْ يذكرِ الشيخُ أَبو حامدٍ غيرَهُ ـ : أَنَّهمْ يُجبَرونَ ، فيقالُ لَهمْ : إِمّا أَنْ تقبلُوها ، أَو تُبرِئُوهُ مِنْ قَدْرِها مِنْ دَينِكُم ، كما قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ في (المكاتبِ) إِذا حَملَ إِلىٰ سيِّدهِ مالاً عَنْ كتابتهِ ، فقالَ للسيِّدِ : هو حرامٌ : (أَنَّهُ يَلزمُهُ أَنْ يأخذَهُ ، أَو يُبرِئَهُ مِنْ قَدْرهِ مِمّا لَهُ عليهِ) .

والثاني : لا يَلزمُهُم ذٰلكَ ، وذٰلكَ لأَنَّهم يُقِرُّونَ أَنَّ المُفلسَ لا يَملِكُ ذٰلكَ ، ويُفارِقُ سيِّدَ المكاتَبِ ؛ لأَنَّهُ يُريدُ الإِضرارَ بالعبدِ ، ورَدَّهُ إِلىٰ الرِّقِّ ، فلَمْ يُقبَلْ منهُ ، ولا ضررَ علىٰ المُفلسِ في ذٰلكَ .

فإِذا قلنا بالأَوّلِ ، وقالَ الغُرَماءُ : نحنُ لا نأَخذُ الثمرةَ ، ولكنّا نَفكُّ الحَجرَ عنهُ ، ونؤخِّرُ حقوقَنا . . فهلْ للمُفلسِ الامتناعُ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما المسعوديُّ [في « الإِبانة » ق/ ٢٧٢] .

فإِنِ ٱختارَ الغُرَماءُ أَنْ يُبرِئوا المُفلسَ مِنْ قَدرِ الثمرةِ مِنَ الدَّينِ ، فأَبرؤوهُ مِنْ ذٰلكَ . . فلا كلامَ . وإِنْ لَمْ يَختاروا أَنْ يُبرِئوهُ ، فإِنْ كانَ دينُهمْ مِنْ جنسِ الثمرةِ . . وجَبَ عليهمْ أَخذُها ، وكذٰلكَ إِذا لَمْ يكنْ دينُهمْ مِنْ جنسِ الثمرةِ ، وٱختاروا أَخذَ الثمرةِ عَنْ دَينِهمْ ، فإِنْ كانَ دَينُهمْ مِنْ غيرِ السَّلَمِ . . جازَ ، وبُرِّئَتْ ذِمَّةُ المُفلسِ مِنْ ذٰلكَ ، فإِذا أَخذُوا ذٰلكَ . . لَمْ يملِكوهُ ، ولٰكنْ يَلزمُهمْ رَدُّ ذٰلكَ إِلىٰ البائعِ ؛ لأَنَّهُمْ قَدْ أَقَرُّوا أَنَّها مِلْكُهُ ، وإِنَّما لَمْ يُقبَلْ إِقرارُهمْ لحقِّ المُفلسِ ، فإِذا زَالَ حقُّهُ . . لَزِمَهُمْ حُكمُ إِقرارِهمُ الأَوَّلِ ، كما لو شَهِدَ رَجُلانِ علىٰ رجلٍ : أَنَّهُ أَعتقَ عبدَهُ ، فلَمْ تُقبَلْ شهادتُهما عليهِ ، ثُمَّ ٱنتقلَ العبدُ إِليهما ، أَو إِلىٰ أَحدِهما بإِرثٍ أَو بيعٍ . . فإِنَّهُ يَعتِقُ عليهما بالإِقرارِ السابقِ . وإِنْ كانتْ حقوقُهمْ مِنْ غيرِ جنسِ الثمرةِ . . فإِنَّهُ لا يَلزمُهمْ قَبولُ الثمرةِ بعينِها ، ولٰكنْ تُباعُ الثمرةُ ، ويُدفعُ إِليهمُ الثَّمَنُ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : ولا حَقَّ للبائعِ في الثَّمَنِ .

وإنْ صدَّقَ بعضُ الغُرَماءِ البائعَ ، وكذَّبَهُ بعضُهمْ معَ المُفلسِ ، فإنْ كانَ فيمنْ صدَّقَ البائعَ عَدْلانِ ، فشَهِدا لَهُ ، أَو عَدْلٌ ، وحلَفَ معَ شهادتهِ لَهُ . . حُكِمَ للبائعِ بالثمرةِ ، ولا كلامَ ، وإنْ لَمْ يكنْ فيهمْ مَنْ تُقبلُ شهادتُهُ لَهُ . . فإنَّ القولَ قولُ المُفلسِ معَ يمينِهِ ؛ لِمَا ذَكرناهُ ، فإذا حَلَفَ . . مَلَكَ الثمرةَ ، فإنْ أَرادَ قِسْمَةَ الثمرةِ علىٰ مَنْ صدَّقهُ دونَ مَنْ كذَّبهُ . . جازَ ، وإنِ ٱختارَ قِسمتَها علىٰ الجميعِ . . فقد قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (يَدفعُها إلىٰ الذينَ صدَّقوهُ ، دونَ الذينَ كذَّبوهُ) . وٱختلفَ أَصحابُنا فيها علىٰ وجهينِ :

فـ [الوجهُ الأَوَّل] : قالَ أَبو إسحاقَ : هيَ كالأُولىٰ ، وإنَّ للمُفلسِ أَنْ يُفرِّقَ ذٰلكَ علىٰ الجميعِ ، أَو يُبرئَهُ مَنْ كذَّبَهُ علىٰ ما يَخصُّهُ مِنَ الثمرةِ مِنَ الدَّينِ ؛ لِمَا ذكرناهُ في التي قَبلَها ، وما ذكرهُ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ . . فمعناهُ : إذا رضيَ المُفلسُ أَنْ يُفرِّقَهُ فيمنْ صَدَّقهُ ، دونَ مَنْ كذَّبهُ .

و[الوجهُ الثاني] : منهمْ مَنْ قالَ : لا يُجبَرُ مَنْ كذَّبَهُ علىٰ قبضِ شيءٍ مِنَ الثمرةِ ، ولا الإبراءِ عَنْ شيءٍ مِنْ دَينهِ ، وجهاً واحداً ، بخلافِ الأُولىٰ ؛ لأَنَّ معَ تكذيبِ جماعتِهم لَهُ بهِ حاجةٌ إلىٰ قضاءِ دَينهِ ، فأُجبروا علىٰ أَخذهِ ، وفي مسأَلتِنا يمكنُهُ دفعُهُ إلىٰ المُصدِّقينَ لهُ دونَ المكذِّبينَ لَهُ .

فإذا قُلنا بالأَوَّلِ : لَزِمَ المُصدِّقينَ للبائعِ أَنْ يَدْفعوا ما خصَّهمْ مِنَ الثمرةِ إليهِ ، ولا يَلزمُ المكذِّبينَ لَهُ ، **والذي يقتضي المذهبُ** : أَنَّ البائعَ لو سأَلَ مَنْ كذَّبَهُ مِنَ الغُرَماءِ أَنْ يَحلِفَ لَهُ : أَنَّهُ ما يَعلمُ أَنَّهُ رَجعَ قَبلَ التأبيرِ . . لَزِمَ المكذِّبَ أَنْ يَحلِفَ ؛ لأَنَّهُ لو خافَ مِنَ اليمينِ ، فأَقرَّ . . لَزِمَهُ إقرارُهُ ، هٰذا إذا كانَ المُفلسُ مكذِّباً للبائعِ ، فأَمّا إذا كانَ المُفلسُ مصدِّقاً للبائعِ أَنَّهُ رَجَعَ قبلَ التأبيرِ ، وقالَ الغُرَماءُ : بَلْ رَجَعَ بعدَ التأبيرِ . . فهلْ يُقبلُ إقرارُ المُفلسِ ؟ فيهِ قولانِ ، كالقولينِ فيهِ إذا قالَ : هٰذهِ العينُ غَصَبتُها مِنْ فلانٍ ، أَوِ ٱبتعتُها منهُ بثَمنٍ في ذمَّتي . . فهلْ يُقبَلُ في العينِ ؟ قولانِ .

فإذا قلنا : يُقبَلُ . . كانتِ الثمرةُ للبائعِ ، ولا كلامَ .

وإذا قلنا : لا يُقبلُ . . فقد قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (يَحلِفُ الغُرَماءُ للبائعِ : أَنَّهُ ما رَجَعَ قَبلَ التأَبيرِ) .

فمنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيها قولانِ ، كما إِذا ٱدَّعىٰ المُفلسُ مالاً ، وأَقامَ شاهداً ، ولَمْ يَحلِفْ معَهُ. . فهلْ يَحلِفُ غرماؤُهُ ؟ فيهِ قولانِ ، وما ذَكرهُ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ هاهنا . . **فهوَ أحدُهما** .

و[**الثاني**] : منهمْ مَنْ قالَ : يَحلِفونَ هاهنا ، قولاً واحداً ، وهناكَ علىٰ قولينِ ؛ لأَنَّ هناكَ توجَّهتِ اليمينُ علىٰ غيرِهمْ ، ثُمَّ نُقلتْ إِليهمْ ، وهاهنا تَوجَّهتِ عليهمُ ٱبتداءً .

مسأَلةٌ : [باع جارية حائلاً فحبلت فردها] :

وإِنْ باعَ مِنْ رَجلٍ جاريةً حائِلاً ، فحبِلَتْ في يدِ المُشتري مِنْ زوجٍ أَو زِناً ، فأَفلسَ المُشتري بعدَ أَنْ وضعتِ الجاريةُ. . فللبائعِ أَنْ يَرجِعَ في الجاريةِ ؛ لأَنَّها عينُ مالِهِ ، ولا حقَّ لَهُ في الولدِ ؛ لأَنَّهُ نماءٌ مُتميِّزٌ ، ولٰكنْ لا يجوزُ التفريقُ بينَها وبينَ ولدِها إذا كانَ صغيراً ، فإِنْ قالَ بائعُ الجاريةِ : أَنا أَدفعُ قيمةَ الولدِ وأَتملَّكُهُ معَ الأُمِّ. . كانَ لَهُ ذٰلكَ ، وإِنْ قالَ : لا أَدفعُ قيمةَ الولدِ. . بيعتِ الجاريةُ والولدُ ، وقُسِّمَ الثَّمنُ عليهما ، فما قابلَ الجاريةَ مِنَ الثَّمنِ. . كانَ لبائِعها ، وما قابلَ الولدَ مِنَ الثَّمنِ. . كانَ لسائرِ الغُرَماءِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وكيفيَّةُ التقسيطِ : أَنْ تُقوَّمَ الجاريةُ ذاتَ ولدٍ ، ثُمَّ يُقوَّمَ الولدُ ، ويُضمُّ قيمةُ أَحدِهما إِلىٰ الآخرِ ، ويُقسمُ الثَّمنُ عليهما ، فإِنْ قيلَ مثلاً : قيمةُ الجاريةِ تِسعونَ ، وقيمةُ الولدِ عشرةٌ. . كانَ لبائعِ الجاريةِ تِسعةُ أَعشارِ الثَّمنِ ، وللغُرماءِ عُشْرُ الثَّمنِ ، وإِنَّما قُوِّمتِ الجاريةُ ذاتَ ولدٍ ؛ لأَنَّها ناقصةٌ لأَجْلِ الولدِ ، وقدِ ٱستحقَّ الرجوعَ فيها في حالِ نَقصِها . **هٰذا هوَ المذهبُ** .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : يقالُ للبائعِ : إِمّا أَنْ تدفعَ قيمةَ الولدِ. . فتتَملَّكَهُ معَ الأُمِّ ، وإِلاّ فلا رُجوعَ لكَ في الأُمِّ ، بَلْ تَضرِبُ معَ الغُرَماءِ في الثَّمنِ . وليسَ بشيءٍ ؛ لأَنَّهُ قد وَجَد عينَ مالهِ خالياً عَنْ حقِّ غيرِهِ .

وإِنْ أَفلسَ المُشتري قَبلَ أَنْ تَضعَ الجاريةُ :

فإِنْ قلنا : لا حُكمَ للحَملِ. . كانَ لبائعِ الجاريةِ أَنْ يَرجِعَ فيها وفي حَملِها ؛ لأَنَّهُ زيادةٌ متَّصلةٌ .

وإِنْ قلنا : للحَملِ حُكمٌ. . قالَ الشيخانِ : أَبو حامدٍ ، وأَبو إِسحاقَ : لَهُ أَنْ يَرجِعَ

في الجاريةِ دونَ الحَمْلِ ، فإذا وضعتِ الجاريةُ . . فالحُكمُ في البيعِ والتقسيطِ علىٰ ما مضىٰ . وقالَ ٱبنُ الصبّاغِ : ليسَ لَهُ أَنْ يَرجِعَ في الأُمِّ ؛ لأنَّ الحَمْلَ كالزيادةِ المنفصلةِ ، ولا يمكنُ الرجوعُ في الأُمِّ دونَ الحَمْلِ .

وأَمّا إذا باعها حامِلاً ، فأَفلسَ المُشتري وهيَ حاملٌ . . فللبائعِ أَنْ يَرجِعَ فيها وفي حَمْلها .

وإنْ أَفلسَ بعدَ الوضعِ ، فإنْ قلنا : للحَمْلِ حُكمٌ . . رَجَعَ في الجاريةِ وفي الولدِ . وإنْ قلنا : لا حُكمَ للحَمْلِ . . رَجَعَ في الأُمِّ دونَ الوَلدِ ، ولا يُفرَّقُ بينهما ، فإنْ دَفعَ قيمةَ الولدِ ليَتملَّكَهُ . . جازَ ، وإنْ لَمْ يَدفَعْ قيمتَهُ . . بِيعتِ الجاريةُ والولدُ ، وقُسِّمَ الثَّمنُ بينهما علىٰ قدرِ قيمتِهما ، والتقسيطُ علىٰ ما مضىٰ .

والحُكمُ في الحَيَوانِ الحائلِ والحاملِ حُكمُ الجاريةِ إلاّ في شيءٍ واحدٍ ، وهوَ أَنَّ البهيمةَ يجوزُ التفريقُ بينَها وبينَ ولدِها الصغيرِ .

فرعٌ : [باع حاملاً فأَسقطت وأَفلس المشتري] :

وإنْ باعَ مِنْ رَجلٍ جاريةً حاملاً ، فقَبَضَها المُشتري ، وأَسقطتْ جَنيناً في يدهِ ، ثُمَّ أَفلسَ . . فللبائعِ أَنْ يَرجِعَ في الجاريةِ .

فإنْ قلنا : لا حُكمَ للحَمْلِ . . رَجعَ في الجاريةِ ، ولا شيءَ لَهُ لأَجْلِ السِّقطِ .

وإنْ قلنا : للحَمْلِ حُكمٌ . . رَجَعَ في الجاريةِ ، وضَربَ معَ الغُرَماءِ بِما يقابلُ السِّقطَ مِنَ الثَّمنِ ، كما لو باعَ شيئينِ بثمنٍ ، ثُمَّ تَلِفَ أَحدُهما في يد المشتري ، ثُمَّ أَفلسَ ، فللبائعِ الرجوعُ في الموجودِ ، والضربُ معَ الغُرماءِ بثَمَنِ المفقودِ .

مسأَلةٌ : [التصرف بالمشترىٰ كاستعماله] :

إذا ٱشترىٰ منهُ حِنطةً فَطحنَها ، أَو ثوباً خاماً فقَصَرَهُ ، أَو خاطهُ بخيوطٍ مِنَ الثوبِ ، أَو غزلاً فنَسَجَهُ ، فأَفلسَ المشتري . . فللبائعِ أَنْ يَرجِعَ في الدَّقيقِ ، والثوبِ المقصورِ ، والمخيطِ ، والغَزلِ المنسوجِ ، **بلا خلافٍ علىٰ المذهبِ** ؛ لأَنَّهُ وَجدَ عينَ مالهِ خالياً عَنْ

حقِّ غيرِه ، فإنْ لَمْ تزِد قيمةُ الحِنطةِ والثوبِ بذٰلكَ . . فلا شيءَ للمُفلسِ ؛ لأَنَّ العملَ قدِ ٱستُهلِكَ ، فإنْ كانَ المُفلِسُ قدْ عملَ ذٰلك بنفسِهِ . . سَقطَ عملُهُ ، وإنِ ٱستأجرَ مَنْ عَمِلَ ذٰلكَ ، ولَمْ يَدفعِ الأُجرةَ . . لَمْ يَكنْ للأَجيرِ أَنْ يُشارِكَ بَائعَ الثوبِ بشيءٍ ، وإنَّما يَضرِبُ معَ باقي الغُرماءِ فيما عدا الثوبِ مِنْ مالِ المُفلسِ ؛ لأَنَّ عمَلَهُ لَمْ يَظهرْ لَهُ قيمةٌ ، وهٰكذا الحُكمُ إذا نَقصتْ قيمةُ الحِنطةِ والثوبِ بذٰلكَ ، وٱختارَ البائعُ الرجوعَ فيهِ . . فلا شيءَ لَهُ لأَجلِ النُّقصانِ ؛ لأَنَّ المُفلِسَ نَقصَ مالَهُ بيدِهِ ، فإذا ٱختارَ البائعُ الرجوعَ . . لَمْ يَكنْ لَهُ شيءٌ لأَجلِ النُّقصانِ ، كما لو وَجدَ العبدَ مَريضاً . . فلا شيءَ للمُفلِسِ ، ولا يُشاركُ الأَجيرُ بائعَ الثوبِ بشيءٍ ؛ لأَنَّ عملَهُ قدِ ٱستُهلِكَ ، ولٰكنْ يَضرِبُ معَ الغُرَماءِ بأُجرتِهِ .

فأَمّا إذا زَادتْ قيمةُ الحِنطةِ والثوبِ بذٰلكَ : ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يَرجِعُ البائعُ بالثوبِ والدَّقيقِ ، ولا يُشاركُهُ المُفلِسُ بشيءٍ ، وهوَ ٱختيارُ المُزَنيِّ رَحمَهُ اللهُ ؛ لأَنَّ المُشتريَ لَمْ يُضِفْ إلىٰ المبيعِ عَيناً ، وإنَّما فَرَّقَ بالطَّحنِ أَجزاءً مُجتمعةً ، وأَزالَ بالقِصارةِ وسَخَ الثوبِ ، فلَمْ يشارِكِ البائعَ بذٰلكَ ، كما لوِ ٱشترىٰ حَيَواناً مَهزولاً ، فَسَمِنَ في يدِهِ .

والثاني : أَنَّ هٰذهِ الآثارَ تَجري مَجرىٰ الأَعيانِ ، فَيُشارِكُ المُفلِسُ البائعَ بقدرِ الزيادةِ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّ الشافعيَّ رحمَهُ اللهُ قالَ : (وبهِ أَقولُ ؛ لأَنَّها زيادةٌ مِنْ فعلِ المشتري حَصلتْ في المبيعِ ، فكانَ لَهُ أَنْ يُشاركَهُ ، كما لو صَبَغَ الثوبَ) ، ولأَنَّ الطَّحنَ والقِصارَةَ أُجريَتْ مَجرىٰ الأَعيانِ ، بدليلِ : أَنَّ للطَّحّانِ والقَصّارِ والخيّاطِ والنسّاجِ أَنْ يُمسِكَ هٰذهِ الأَعيانَ المعمولَ فيها ، إلىٰ أَنْ يَستوفيَ الأُجرةَ ، فأُجريَتْ مَجرىٰ الأَعيانِ فيما ذَكرناهُ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنْ قلنا بالقولِ الأَوَّلِ ، وٱختارَ البائعُ الرجوعَ في عينِ مالهِ . . رَجعَ فيها بزيادتِها ، فإنْ كانَ المُفلِسُ قدِ ٱستأجَرَ مَنْ عَمِلَ ذٰلكَ ، ولَمْ يَستوفِ الأَجيرُ أُجرتَهُ . . لَمْ يَكنْ للأَجيرِ أَنْ يُشاركَ بائعَ العَينِ بشيءٍ ، بَلْ يَضرِبُ معَ الغُرَماءِ بقَدرِ أُجرتِهِ .

وإنْ قلنا بما ٱختارَهُ الشافعيُّ ، وأَنَّ هٰذهِ الآثارَ تَجري مَجرىٰ الأَعيانِ ، فإنْ كانَ المُفلِسُ تولَّىٰ العملَ بنفسِهِ ، أَوِ ٱستعانَ مَنْ عَمِلَ ذٰلكَ بغيرِ أُجرةٍ ، أَوِ ٱستأجرَ مَنْ عَمِلَ

ذٰلكَ بأُجرةٍ ، وقد وفّىٰ الأجيرَ أُجرتَهُ . . فإنَّهُ يُشاركُ البائعَ بقدرِ ما زَادتِ العينُ بالعملِ ، مثلُ : أَنْ كانَ الثوبُ يُساوي قبلَ القصارةِ عشَرةً ، فصارَ مقصوراً يساوي خَمسةَ عشرَ ، فللمُفلِسِ في الثوبِ خَمسةٌ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فإنِ ٱختارَ بائعُ الثوبِ أَنْ يَدفعَ الخَمسةَ . . أُجبرَ المُفلِسُ والغُرَماءُ علىٰ قبولِها ، كما إذا غَرَسَ المُشتري في الأَرضِ المبيعةِ ، أَو بَنىٰ . . فلبائعِ الأرضِ أَنْ يَدفعَ قيمةَ الغِراسِ أَوِ البناءِ ، ويتملَّكَهُ معَ الأَرضِ ، وإِنْ لَمْ يَختَرْ بائعُ الثوبِ أَنْ يدفعَ ذٰلكَ . . بِيعَ الثوبُ وكانَ ثُلُثا الثَّمنِ للبائعِ ، والثلثُ للمُفلِسِ ، وإِنْ كانَ المُفلِسُ قَدِ ٱستأجرَ مَنْ عَمِلَ ذٰلكَ ، ولَمْ يَدفعْ إِليهِ شيئاً مِنَ الأُجرةِ . . تَعلَّقَ حقُّ الأَجيرِ بالزيادةِ ؛ لأنّا قَدْ جَعلناها كالعينِ ، فإِنْ كانتِ الزيادةُ قَدرَ أُجرَتهِ ، بأَنْ كانَ قدِ ٱستأجرَهُ بخَمسةِ دراهمَ . . ٱختصَّ الأَجيرُ بالزيادةِ ، ويُشاركُ البائعَ بها ، وإِنْ كانتِ الزيادةُ أَكثرَ مِنْ أُجرتهِ ، بأَنْ كانتْ أُجرتُهُ خَمسةً ، والزيادةُ عَشَرةً . . كانتِ الزيادةُ علىٰ قَدرِ الأُجرةِ للمُفلِسِ ، تُصرَفُ إِلىٰ باقي الغُرَماءِ ، وإِنْ كانتِ الزيادةُ أَقلَّ مِنَ الأُجرةِ ، بأَنْ كانتْ قيمةُ الثوبِ قَبلَ القصارةِ عَشرةً ، فصارتْ قيمتُهُ مقصوراً ٱثنيْ عَشَرَ ، وأُجرةُ القصّارِ خَمسةٌ . . فإِنَّ الأَجيرَ يُشاركُ بائعَ الثوبِ بدرهمينِ ، ويَضربُ معَ الغُرَماءِ بثلاثةِ دراهمَ .

فرعٌ : [باعه غلاماً فتعلم علماً أَو صنعة] :

وإِنِ ٱشترىٰ غُلاماً ، فعلَّمَهُ صَنعةً مُباحةً ، أَو علَّمَهُ القرآنَ ، ثُمَّ أَفلَسَ المشتري ، وقدْ زَادتْ قيمةُ العبدِ بذٰلكَ . . فٱختلفَ أَصحابُنا في ذٰلكَ :

فقالَ صاحبُ « التلخيصِ » : هيَ علىٰ قولينِ ، كالقُصارةِ ؛ لأَنَّهُ يجوزُ الاستئجارُ علىٰ ذٰلكَ ، فهو كالقصارة ، والنِّساجةِ .

وقالَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، **وعامَّةُ أَصحابِنا** : ليسَ كالقُصارةِ ، ولا يُشاركُ المُفلِسُ البائعَ للزيادةِ قولاً واحداً ؛ لأَنَّهُ لا يَحصلُ بفعلهِ ، وإِنَّما إِليهِ التلقينُ[1] ، وليسَ إِليهِ الحفظُ ، وإِنَّما هوَ إِلىٰ اللهِ تعالىٰ ؛ لأَنَّهُ قد يُلقِّنُهُ ، فلا يَتلقَّنُ ، فهوَ كالسِّمَنِ في

---

(١) التلقين ، كالتفهيم ، ولقنه الكلام : ألقاه عليه ليُعيده ، ولقن فلان لَقناً ولَقانةً : عقل وذكا .

البهيمةِ ؛ لأَنَّهُ قَدْ يَعْلِفُها لتسمَنَ ، فلا تَسمَنُ ، بخلافِ القُصارةِ والنِّساجةِ والطَّحنِ ؛ لأَنَّها حَدثتْ بفعلٍ مضافٍ إِلىٰ المبتاعِ ؛ لأَنَّهُ لا يُوجدُ منهُ هٰذهِ الأَفعالُ ، إلاّ وتَحدثُ هٰذهِ الآثارُ ، ولا تَنفكُّ منها .

مسألةٌ : [باع ثوباً فصبغه المشتري] :

وإنِ ٱشترىٰ ثوباً مِنْ رَجلٍ بعشَرةِ دراهمَ في ذِمَّتهِ ، ومِنْ آخرَ صِبغاً بخَمسةِ دراهمَ في ذِمَّتهِ ، وصَبَغَ بهِ الثوبَ ، وأَفلسَ المشتري قَبلَ أَنْ يَدفعَ الثَّمَنينِ ، وٱختارَ البائعانِ الرجوعَ في عينِ مالِهما ، فإنْ لَمْ تَزِدْ قيمتُهما ، ولَمْ تَنقُصْ ، بأَنْ صارَ الثوبُ مَصبوغاً يساوي خَمسةَ عشَرَ. . صارا شريكينِ علىٰ قَدرِ مالِهما .

قالَ أَبو عليٍّ السِّنجيُّ : وٱختلفَ أَصحابُنا في تَنزيلهِ :

فمنهمْ مَنْ قالَ : يكونُ ثُلُثا الثوبِ وثُلُثا الصِّبغِ لبائعِ الثوبِ ، وثُلُثهما لبائعِ الصِّبغِ ؛ لأَنَّ مالَ كلِّ واحدٍ منهُما لا يَتميَّزُ عَنْ مالِ صاحبهِ ، فيصيرانِ شَريكينِ ، كما لوِ ٱشترىٰ زَيتاً ، فخلطَهُ بمثلِهِ ، فلو تَلِفَ نِصفُ الثوبِ. . كانَ النِّصفُ الباقي بينَهما .

ومنهمْ مَنْ قالَ : جميعُ الثوبِ لبائعهِ ، وجميعُ الصِّبغِ لبائعهِ ، كما لوِ ٱشترىٰ أَرضاً مِنْ رَجلٍ ، وغَرْساً مِنْ آخَرَ ، وغَرسَهُ فيها ، وكرِهَ بائعُ الغرسِ القَلعَ .

فإنْ نَقصَتْ قيمتُها ، فصارتْ قيمةُ الثوبِ مَصبوغاً ٱثنيْ عشَرَ. . فإنَّ النَقصَ يُضافُ إِلىٰ جَنْبهِ الصِّبغُ ؛ لأَنَّ أَجزاءهُ تتفرَّقُ وتَنقُصُ ، والثوبُ بحالهِ ، ولأَنَّ الصِّبغَ هو الواردُ علىٰ الثوبِ ، فالظاهرُ أَنَّهُ نَقصَ بالورودِ .

فعلىٰ هٰذا : لصاحبِ الثوبِ أَنْ يَرجعَ في ثوبهِ ، فإذا بِيعَ. . دُفعَ إِليهِ مِنْ ثَمَنهِ عشَرةٌ ، وأَمّا صاحبُ الصِّبغِ ـ إذا ٱختارَ الرجوعَ إِليهِ ـ ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهوَ قولُ الشيخِ أَبي إِسحاقَ في « المهذَّبِ » ، وٱبنِ الصبّاغِ ـ : أَنَّهُ يُشاركُ بائعَ الثوبِ بِدرهمينِ ، ويَضرِبُ معَ الغُرَماءِ بثلاثةِ دراهمَ ؛ لأَنَّهُ نَقصَ بفعلِ المُفلِسِ .

والثاني ـ وهو قولُ الشيخِ أَبي حامدٍ ، وصاحبِ « الفروعِ » ، والصيدلانيِّ ـ : أَنَّهُ

يقالُ لَهُ : قدْ وَجَدْتَ عينَ مالِكَ ناقصةً ، فأَنتَ بالخيارِ : بينَ أَنْ ترجِعَ فيها ناقصةَ القيمةِ ، ولا شيءَ لكَ . . فيكونُ لَهُ سُدُسُ قيمةِ الثوبِ لا غيرَ ، وبينَ أَنْ تَضرِبَ معَ الغُرَماءِ بثَمَنِ صِبْغِكَ ، وهوَ خَمسةٌ ، كما قلنا فيمنْ باعَ ثوباً ، فلَبِسهُ المُشتري ، فوجَدَهُ البائعُ ناقصاً بالاستعمالِ . . فإِنَّهُ يَرجِعُ فيهِ ، ولا شيءَ لَهُ .

فإِنْ زَادتْ قيمتُهما ، فصارَ الثوبُ يُساوي عِشرينَ ، فإِنْ قلنا : إِنَّ الزيادةَ بالصَّنعةِ كالآثارِ ، ولا حُكمَ لها . . لَمْ يَكنِ المُفلِسُ شَريكاً لبائعِ الثوبِ وبائعِ الصِّبغِ بشيءٍ ، بَلِ الزيادةُ لهما ، لصاحبِ الثوبِ ثُلُثاها ، ولصاحبِ الصِّبغِ ثُلثُها .

وإِنْ قلنا : الزيادةُ بالصَّنعةِ كالزيادةِ بالعينِ ، **وهو الصحيحُ** . . كانتِ الزيادةُ للمُفلِسِ ، فيكونُ المُفلِسُ شَريكاً لهما في الرُّبُعِ ، فإِذا بيعَ الثوبُ بعشرينَ . . كانَ لبائعِ الثوبِ عشَرةٌ ، ولبائعِ الصِّبغِ خَمسةٌ ، وللمُفلِسِ خَمسةٌ تُصرَفُ إِلىٰ باقي الغُرَماءِ .

فإِنْ زَادتْ قيمةُ الثوبِ بعدَ ذٰلكَ ، فصارَ يُساوي مَصبوغاً أَربعينَ ، بعدَ أَنْ كانَ يساوي مَصبوغاً عِشرينَ . . قالَ ٱبنُ الحدّادِ : أُضعِّفُ لكلِّ واحدٍ منهما مالَهُ ، فيكونُ لبائعِ الثوبِ عشرونَ ، ولبائعِ الصِّبغِ عشَرَةٌ ، وللمُفلِسِ عشَرَةٌ .

وإِنْ بَلغَتْ قيمةُ الثوبِ لَمّا صُبِغَ أَربعينَ . . فإِنَّ لصاحبِ الثوبِ رُبُعَ الثَّمَنِ ، عشَرَةً ، ولصاحبِ الصِّبغِ ثُمُنَ الثَّمَنِ ، خَمسةً ، وللمُفلسِ خَمسةَ أَثمانِهِ ، وهو خَمسةٌ وعِشرونَ .

وإِنِ ٱشترىٰ الثوبَ مِنْ رَجلٍ بعشَرَةٍ ، وٱشترىٰ منهُ صِبغاً بخَمسةٍ ، وصبغَ بهِ الثوبَ ، فأَفلسَ المشتري ، فإِنْ لَمْ تنقُص قيمتُهما بعدَ الصِّبغِ ولَمْ تَزِدْ ، بأَنْ صارَ الثوبُ بعدَ الصِّبغِ يُساوي خَمسةَ عشَرَ ، وٱختارَ البائعُ الرجوعَ فيهما . . رَجعَ فيهما ولا كلامَ ، وإِنْ نَقَصتْ قيمتُهما ، فصارَ الثوبُ بعدَ الصِّبغِ يُساوي ٱثني عشَرَ ، وٱختارَ الرجوعَ فيهما . . فهلْ يَضرِبُ معَ الغُرَماءِ بثُلثِهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

[**أَحدُهما**] : قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : لا يَضرِبُ معهمْ بشيءٍ ، بَلْ يأَخذُ الثوبَ ناقصاً ، إِنِ ٱختارهُ بغيرِ شيءٍ .

و[**الثاني**] : قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : يَضرِبُ معَ الغُرَماءِ بثُلثِهِ . وهوَ قياسُ قولِ صاحبِ « المهذَّبِ » في الأُولىٰ .

فإنْ زادتْ قيمتُهما ، فصارَ الثوبُ مَصبوغاً يُساوي عِشرينَ ، فإنْ قلنا : إنَّ الزيادةَ بالعَمَلِ لا حُكمَ لَها . . رَجَعَ البائعُ في الثوبِ بزيادتِهِ ، ولا شيءَ للمفلِسِ ، وإنْ قلنا : إنَّ الزيادةَ بالعَمَلِ كالعينِ . . كانَ للبائعِ خمسةَ عشَرَ ، وللمُفلِسِ خمسةٌ .

وإنِ ٱشترىٰ مِنْ رَجلٍ ثوباً بعشَرَةٍ ، وصَبغَهُ بصِبغٍ مِنْ عندهِ يُساوي خَمسةً ، فإنْ لَمْ تَنقُص قيمتُهما ولَمْ تَزِدْ ، بأَنْ صارَ الثوبُ مَصبوغاً يُساوي خَمسةَ عشَرَ . . فإنَّ المُشتريَ يَصيرُ شَريكاً للبائعِ بالثُّلُثِ ، وفي كيفيَّةِ ٱشتراكِهما ، الوجهانِ المحكيّانِ في المسألةِ الأُولىٰ عَنْ أَبي عليٍّ السِّنجيِّ .

وإنْ نَقَصَتْ قيمتُهما ، فصارَ الثوبُ مَصبوغاً يُساوي ٱثني عشَرَ . . فإنَّ النُّقصانَ يَنصرِفُ إلىٰ الصِّبغِ ؛ لأنَّ الظاهرَ أَنَّهُ حَصلَ بورودِهِ ، فيُشاركهُ المُفلِسُ بسُدُسِ الثَّمَنِ ، ولبائعِ الثوبِ خَمسةُ أَسداسِهِ .

وإنْ زادتْ قيمتُهما ، فصارَ يُساوي عِشرينَ ، فإنْ قلنا : إنَّ الزيادةَ بالعَمَلِ لا حُكمَ لَها . . فإنَّ الزيادةَ بينَهما علىٰ قَدرِ مالِهما ، لبائعِ الثوبِ ثُلُثاها ، وللمُفلِسِ ثُلُثُها ، وإنْ قلنا : إنَّ الزيادةَ بالعَمَلِ كالعينِ . . فإنَّ الزيادةَ كلَّها للمُفلِسِ ، فيكونُ لبائعِ الثوبِ نصفُ الثَّمَنِ ، وللمُفلِسِ النِّصفُ .

وإنِ ٱشترىٰ مِنْ رَجلٍ صِبغاً بخَمسةٍ ، وصَبغَ بهِ ثوباً لنفسهِ يُساوي عشَرَةً . . فلبائعِ الصِّبغِ أَنْ يَرجِعَ في صِبغِهِ ، فإنْ رَجَعَ . . نَظرتَ :

فإنْ لَمْ تَنقُصْ قيمتُهما ولَم تَزِدْ ، بأَنْ كانَ الثوبُ بعدَ الصَّبغِ يُساوي خَمسةَ عشَرَ . . فإنَّ البائعَ يكونُ شَريكاً للمُفلِسِ بالثُّلُثِ ، وفي كيفيَّةِ ٱشتراكِهما ، الوجهانِ المحكيّانِ[1] عَنِ السِّنجيِّ .

وإنْ نَقَصَتْ قيمتُهما ، فصارَ الثوبُ يُساوي ٱثنيْ عشَرَ بعدَ الصَّبغِ . . ففيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : يُشاركُ البائعُ المُفلِسَ بدرهمينِ ، وهو سُدُسُ ثَمَنِ الثوبِ ، ولا شيءَ لَهُ غيرُ ذٰلكَ .

---

(١) في نسخة : (الأولان) .

و[الثاني] : قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : يُشاركُ البائعُ المُفلِسَ بسُدُسِ ثَمَنِ الثوبِ ، ويَضرِبُ معَ الغُرَماءِ بثلاثةِ دراهمَ .

وإنْ زَادتْ قيمتُهما ، فصارَ الثوبُ مَصبُوغاً يُساوي عِشرينَ ، فإنْ قلنا : إنَّ الزيادةَ بالعَمَلِ لا حُكمَ لَها . . كانتِ الزيادةُ بينَهما علىٰ قدرِ مالِهما ، للبائعِ ثُلُثُها ، وللمُفلِسِ ثُلُثاها ، وإنْ قلنا : إنَّها كالعينِ . . كانتِ الزيادةُ جميعُها للمُفلِسِ ، فيكونُ الثَّمَنُ بينَهما ، للبائعِ خَمسةٌ ، وللمُفلِسِ خَمسَةَ عشَرَ .

مسألةٌ : [ٱشترىٰ أَرضاً بثمن مؤجل وغرسها ثم أَفلس] :

إذا ٱشترىٰ رَجلٌ مِنْ رَجلٍ أَرضاً بثَمَنٍ في ذمَّتهِ ، فغَرَسَها بغِراسٍ مِنْ عندِهِ ، أَو بَنىٰ فيها بِناءً بآلةٍ مِنْ عندِهِ ، ثُمَّ أَفلسَ قَبلَ دَفعِ الثَّمَنِ ، وأَرادَ البائعُ الرجوعَ في أَرضهِ ، فإنِ ٱتَّفقَ المُفلِسُ والغُرَماءُ علىٰ قَلعِ الغِراسِ ، أَو البناءِ مِنَ الأَرضِ . . جازَ لهمْ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ الحقَّ لهمْ ، ولبائعِ الأَرضِ أَنْ يَرجِعَ فيها ؛ لأَنَّها عينُ مالهِ لَمْ يَتعلَّقْ بها حقُّ غيرِهِ ، فإذا رَجَعَ البائعُ فيها ، ثُمَّ قَلعوا البناءَ والغِراسَ . . لَزِمَهمْ تَسويةُ الأَرضِ ، وأَرشُ ما نَقَصَ إنْ حَصلَ بِها لأَجلِ القَلعِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ حَصَلَ لتخليصِ مِلْكِهِمْ ، فهوَ كما لو دَخلَ فَصيلٌ[1] إلىٰ دارِ رَجلٍ ، ولَمْ يَخرُجْ إلاّ بنَقضِ البابِ . . فلرَبِّ الفَصيلِ[2] نَقضُ البابِ ، وإخراجُ فَصيلهِ ، وعليهِ إصلاحُ البابِ ، ويكونُ ذٰلكَ مُقدَّماً علىٰ حقِّ سائرِ الغُرَماءِ .

فإنْ قيلَ : أَليسَ قَد قلتُمْ : إنَّ البائعَ إذا وجَدَ عينَ مالهِ ناقصةً ، فَرجَعَ فيها . . فإنَّهُ لا شيءَ لَهُ ؟

قلنا : الفرقُ بينَهما : أَنَّ النَّقصَ هناكَ حَصلَ في مِلكِ المُشتري ، فلَمْ يَضمَنهُ إلاّ

---

(١) **الفصيل** : ولد الناقة إذا فصل وفطم عن أمه ، والجمع : فُصلان وفِصال .

(٢) **ربُّ الفصيل** ، الربُّ : المالك والسيد ، وهو من أَسمائه تعالىٰ شأنه ، ويطلق عليه معرّفاً ومضافاً ، ولا يجوز استعماله للمخلوق ، وقيل في الجاهلية للملك ، ويقال مضافاً لغيره ، كربِّ المال والدار والأسرة ، بمعنىٰ : صاحب ، ولا يقال : هٰذا ربُّ العبد ، أَو هٰذا ربي ، ولكن يقال : هٰذا فتاي ونحوها .

فيما يَتقسَّطُ عليهِ الثَّمنُ ، وهاهُنا حَدثَ[1] النَّقصُ بعدَ رجوعِ البائعِ في أَرضهِ ، والنَّقصُ حَصلَ لتخليصِ مِلكِهِمْ ، فضمِنوهُ .

وإنْ لَمْ يَرضَ المُفلِسُ والغُرَماءُ بقَلعِ الغِراسِ والبناءِ . . لَمْ يَكنْ لبائعِ الأَرضِ إِجبارُهمْ علىٰ ذٰلكَ ؛ لقولهِ ﷺ : « ليسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ »[2] . وهٰذا ليسَ بظالمٍ ؛ لأَنَّهُ غَرَسهُ في مِلكهِ .

وإذا ثبتَ : أَنَّهمْ لا يُجبَرونَ . . فإنْ بذَلَ البائعُ قيمةَ الغِراسِ والبناءِ ليتَملَّكَهُ معَ الأَرضِ ، أَو قالَ : أَنَا أَقلَعُ ذٰلكَ ، وأَضمنُ أَرشَ ما دَخلَ بالقَلعِ مِنَ النَّقصِ . . أُجبرَ المُفلِسُ والغُرَماءُ علىٰ قَبولِ ذٰلكَ ، وكانَ لبائعِ الأَرضِ الرجوعُ فيها ؛ لأَنَّ الضررَ يَزولُ عَنِ الجميعِ بذٰلكَ .

وإنْ قالَ بائعُ الأَرضِ : أَرجعُ فيها ، وأُقِرُّ الغِراسَ والبناءَ ، وآخذُ أُجرةَ الأَرضِ . . قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٢٧٢] : كانَ لَهُ ذٰلكَ .

وإنِ ٱمتنعَ المُفلِسُ والغُرَماءُ مِنَ القَلعِ ، وٱمتنعَ بائعُ الأَرضِ مِنْ بَذلِ قيمةِ الغِراسِ والبناءِ وأَرشِ ما حَصلَ بالقلعِ . . فهلْ لَهُ أَنْ يَرجِعَ في أَرضهِ ؟

---

(١) في (م) : (حصل) .

(٢) أخرجه عن أَحد العشرة المبشرين بالجنة سعيدِ بن زيد رضي الله عنه أبو داود (٣٠٧٣) وإلىٰ (٣٠٧٥) في الخراج والإمارة ، والترمذي (١٣٧٨) في الأحكام ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٥٧٦١) في إحياء الموات . قال الترمذي : حسن غريب ، وروي عن عروة عن النبي ﷺ مرسلاً . [وهو عند أبي عبيد في « الأموال » (٧٠٧)] والعمل علىٰ هٰذا الحديث عند بعض أَهل العلم ، وهو قول أحمد ، وإسحاق ، وذلك بأن يحييَ الموات بغير إذن السلطان . قال عنه في « الفتح » (٥/ ٢٤) : قوي . وفي الباب :

عن عمرو بن عوف عند البخاري قبل (٢٣٣٥) تعليقاً ، قال الحافظ في « الفتح » (٥/ ٢٣) : وصله إسحاق بن راهويه ، وهو عند الطبراني والبيهقي ، وفيه ضعف .

قال ابن الأثير : هو أَن يجيء الرجل إلىٰ أَرض قد أَحياها رجل قبله ، فيغرس فيها غرساً غصباً ليستوجب به الأرض . والرواية : (لِعِرقٍ) بالتنوين ، وهو علىٰ حذف المضاف ، أَي : لذي عِرقٍ ظالم ، فجعل العرق نفسه ظالماً والحق لصاحبه ، أَو يكون الظالم من صفة صاحب العرق ، وإن رُوي : (عِرْقِ) بالإضافة ، فيكون الظالم صاحب العرق ، والحق للعرق ، وهو أَحد عروق الشجر ، وفي الترمذي : (العرق الظالم) . الغاصب : الذي يأخذ ما ليس له .

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ في موضعٍ : (لَهُ أَنْ يَرجِعَ فيها) . وقالَ في موضعٍ : (يَسقُطُ حقُّهُ مِنَ الرجوعِ فيها) . وٱختلفَ أَصحابُنا فيها :

فمنهمْ مَنْ قالَ : فيها قولانِ :

أَحدُهما : للبائعِ أَنْ يَرجِعَ في أَرضهِ وإِنْ لَمْ يَدْفع قيمةَ الغِراسِ والبناءِ ؛ لقولهِ ﷺ : « فَصَاحِبُ ٱلمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ ، إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ » . ولَمْ يُفرِّقْ ، ولأَنَّ أَكثرَ ما فيهِ أَنَّهُ وَجَدَ مِلكَهُ مَشغولاً بِملكِ غيرهِ ، وذٰلكَ لا يُسقطُ حقَّهُ مِنَ الرجوعِ ، كما لو باعَ ثوباً ، فصبَغهُ المُشتري بصِبغٍ مِنْ عندِهِ .

والثاني : ليسَ لَهُ الرجوعُ في أَرضهِ ؛ لأَنَّ الأَرضَ قدْ صارتْ مَشغولةً بِملكِ غيرهِ ، فسَقطَ حقُّهُ مِنَ الرجوعِ فيها ، كما لو ٱشترىٰ مِنْ رَجلٍ مَساميرَ ، وسَمَّرَ[1] فيها باباً ، ثُمَّ أَفلسَ . . فإِنَّهُ ليسَ لبائعِ المَساميرِ أَنْ يَرجِعَ فيها ، ولأَنَّ رجوعَ البائعِ في عينِ مالِهِ إِنَّما جُعِلَ[2] لَهُ لإِزالةِ الضررِ عنهُ ، فلو جوَّزنا لَهُ الرجوعَ هاهُنا . . لأَزلنا عنهُ الضررَ ، وأَلحقناهُ بالمُفلسِ والغُرَماءِ ؛ لأَنَّهُ لا يَبقىٰ لهمْ طريقٌ إِلىٰ غِراسِهمْ وبنائِهمْ .

ومنهمْ مَنْ قالَ : ليستْ علىٰ قولينِ ، وإِنَّما هيَ علىٰ حالينِ :

فالموضعُ الذي قالَ : (يَرجِعُ في أَرضهِ ، ولا يَدفعُ قيمةَ الغِراسِ والبناءِ) إِذا كانتْ قيمةُ الأَرضِ أَكثرَ مِنْ قيمةِ الغِراسِ والبناءِ ؛ لأَنَّ الغِراسَ والبناءَ تابعٌ للأَرضِ .

والموضعُ الذي قالَ فيهِ : (لا يَرجِعُ في الأَرضِ) إِذا كانتْ قيمةُ الغِراسِ والبناءِ أَكثرَ مِنْ قيمةِ الأَرضِ ؛ لأَنَّ الأَرضَ تكونُ تابعةً للغِراسِ والبناءِ .

والصحيحُ : أَنَّها علىٰ قولينِ ؛ لأَنَّ بائعَ الأَرضَ لو بَذَلَ قيمةَ الغِراسِ والبناءِ . . لكانَ لَهُ الرجوعُ في أَرضهِ ، سواءٌ كانتْ قيمةُ الأَرضِ أَكثرَ مِنْ قيمةِ الغِراسِ والبناءِ أَو أَقلَّ . فإِذا قلنا : ليسَ لَهُ الرجوعُ في أَرضهِ . . فلا كلامَ ، وإِنْ قلنا : لَهُ الرجوعُ في أَرضهِ وإِنْ لَمْ يَدفَع قيمةَ الغِراسِ والبناءِ ، فرَجَعَ فيها . . نَظرتَ :

---

(١) **سمَرت الباب سمراً** ، من باب قتل ، والتثقيل مبالغة ، والمسمار ما يسمر به ، يجمع علىٰ : مسامير .

(٢) في نسختين : (حصل) .

فإنِ ٱتَّفقَ الغُرَماءُ والمُفلِسُ والبائعُ علىٰ بَيعِ الأَرضِ والغِراسِ والبناءِ . . بيعًا ، وقُسِمَ الثَّمنُ عليهِما علىٰ قَدرِ قيمتِهما ، وكيفيَّةُ ذٰلكَ : أَنْ يقالَ : كمْ قيمةُ الأَرضِ مفرَدةً[1] ذاتَ غِراسٍ وبناءٍ ؟ فإنْ قيلَ : خَمسونَ . . قيلَ : وكمْ قيمةُ الغِراسِ والبناءِ مفرداً ؟ فإنْ قيلَ : خَمسونَ . . كانَ الثمنُ نِصفينِ ، لبائعِ الأَرضِ النِّصفُ ، وللغُرَماءِ وللمُفلِسِ النِّصفُ ، وإِنَّما قُوِّمتِ الأَرضُ ذاتَ بناءٍ وغِراسٍ ، لأَنَّ قيمتَها أَنقصُ ، وقدِ ٱستحقَّ الرجوعَ فيها ناقصةً .

وإنِ ٱمتنعَ البائعُ مِنْ بَيعِ الأَرضِ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يُجبَرُ علىٰ بَيعِها معَ الغِراسِ والبناءِ ، ويُقسَّمُ الثَّمنُ عليهِما علىٰ قَدرِ قيمتِهما ، علىٰ ما ذَكرناهُ مِنَ التقسيطِ ؛ لأَنَّ الحَاجةَ تَدعو إِلىٰ البيعِ لقضاءِ الدَّينِ ، فبِيعَ الجميعُ ، كما لو كانَ المَبيعُ ثوباً ، فصَبَغهُ المُفلِسُ بصِبغٍ مِنْ عندِهِ ، فرجَعَ بائعُ الثوبِ فيهِ ، وٱمتنعَ مِنْ دفعِ قيمةِ الصِّبغِ . . فإِنَّ الثوبَ يُباعُ معَ الصِّبغِ ، وكذٰلكَ إِذا كانَ المَبيعُ جاريةً ، فولَدَتْ في يدِ المشتري ، ورَجعَ بائعُ الجاريةِ فيها . . فإِنَّها تُباعُ معَ الولدِ .

والثاني : لا يُجبرُ البائعُ علىٰ بيعِ أَرضِهِ ، **وهو المشهورُ** ؛ لأَنَّهُ يُمكنُ إِفرادُ الغِراسِ والبناءِ بالبَيعِ ، فلَمْ يُجبَرِ البائعُ علىٰ بَيعِ أَرضِهِ ، بخلافِ الصِّبغِ ، فإِنَّهُ لا يُمكنُ إِفرادُهُ بالبيعِ ، وكذٰلكَ ولدُ الجاريةِ إِنَّما وَجبَ بيعُهُ ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ التفريقُ بينَها وبينَ ولدِها الصغيرِ .

وحكىٰ الشيخُ أَبو حامدٍ : أَنَّ مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : تُؤَجَّرُ الأرضُ والغِراسُ ، ثُمَّ يكونُ ما قابلَ الأَرضَ مِنَ الأُجرةِ لبائِعها ، وما قابلَ الشَّجرَ مِنَ الأُجرةِ للمُفلِسِ والغُرَماءِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وهٰذا خطأٌ ؛ لأَنَّ إِجارةَ الشَّجرِ لا تجوزُ ، ولهٰذا لو غَصَبَ شجرةً ، وأَقامتْ في يدهِ . . لَمْ يَجبْ عليهِ أُجرتُها .

---

(١) مفردة : أي بالبيع عن الغراس والبناء .

فرعٌ : [اشترىٰ أرضاً ثم غراساً في ذمته فأفلس] :

وإنِ ٱشترىٰ مِنْ رَجلٍ أَرضاً بثَمنٍ في ذِمَّتهِ ، ومِنْ آخرَ غِراساً في ذِمَّتِهِ ، فغرَسَهُ في الأَرضِ ، ثُمَّ أَفلسَ قَبلَ تسليمِ الثَّمنينِ . . فلكلٍّ واحدٍ مِنَ البائعَينِ الرجوعُ في عينِ مالهِ ، فإذا رَجعا . . نَظرتَ : فإنْ أَرادَ صاحبُ الغِراسِ قَلْعَ غِراسِهِ . . كانَ لَهُ ذٰلكَ ، ولَمْ يَكنْ لبائعِ الأَرضِ ، منعُهُ منهُ ، فإذا قَلعَهُ . . كانَ عليهِ تَسويةُ الأَرضِ ، وأَرشُ ما نَقصَ إنْ حَصلَ بها ؛ لأَنَّ ذٰلكَ حَصلَ لتخليصِ مِلكِهِ . وإنْ أَرادَ صَاحبُ الأَرضِ قَلْعَ الغِراسِ ، ويَضمَنُ أَرشَ النَّقصِ ، أَو بَذلَ قيمةَ الغِراسِ ليتملَّكهُ معَ الأَرضِ . . كانَ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ مُتَّصلٌ بملكهِ ، فكانَ لَهُ إسقاطُ حقِّهِ منهُ بدفعِ قيمتِهِ . وإنْ أَرادَ صَاحبُ الأَرضِ قَلْعَ الغِراسِ مِنْ غيرِ ضَمانٍ . . فهلْ يُجبَرُ بائعُ الغِراسِ علىٰ ذٰلكَ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : ليسَ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ ليسَ بعِرقٍ ظالمٍ ، ولأَنَّهُ لو كانَ باقياً علىٰ مِلكِ المُفلِسِ . . لَمْ يَكنْ لصاحبِ الأَرضِ أَنْ يُطالِبَهُ بقَلْعهِ مِنْ غيرِ ضَمانٍ ، فكذٰلكَ مَنِ ٱنتقلَ إليهِ مِنهُ .

والثاني : لَهُ ذلكَ ؛ لأَنَّهُ إنَّما ابتاعَ منهُ الغِراسَ مَقْلوعاً ، فكانَ عليهِ أَنْ يأخذَهُ مَقْلوعاً ، ويُفارقُ المُفلِسَ ؛ لأَنَّهُ غرَسَهُ في مِلكهِ ، فثَبتَ حقُّهُ في ذٰلكَ .

فرعٌ : [استلف حبّاً فزرعه ، ثم ماءً فسقاه فأفلس] :

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : إذا ٱشترىٰ مِنْ رَجلٍ حَبّاً ، فزرعهُ في أَرضهِ ، ومِنْ آخرَ ماءً ، فسقاهُ بهِ ، فنبتَ ، وأَفلسَ . . فإنَّهما يَضرِبانِ بثَمَنِ الماءِ والحَبِّ معَ الغُرَماءِ ، ولا يَرجِعانِ بالزرعِ ؛ لأَنَّ عينَ مالِهما غيرُ موجودةٍ فيهِ ، فهوَ كما لو ٱشترىٰ طَعاماً ، فأَطعمَهُ عبدَهُ حتّىٰ كَبرَ . . فإنَّهُ لا حقَّ لَهُ في العبدِ ، ولأَنَّ نصيبَ الماءِ غيرُ معلومٍ لأَحدٍ مِنَ الخَلْقِ .

قلتُ : وقَد مضىٰ في البَذْرِ وجهٌ آخَرُ : أَنَّهُ يَرجعُ فيهِ ، فيَحتمِلُ أَنْ يكونَ ٱبنُ الصبّاغِ ٱختارَ أَحدَهما .

مسألةٌ : [استدان زيتاً وخلطه بزيته وأفلس] :

وإذا ٱبتاعَ شيئاً مِنْ ذواتِ الأمثالِ ، فخلَطَهُ بجنسهِ ، ولَمْ يَتميَّزْ . . ففيهِ ثلاثُ مسائلَ :

إحداهنَّ : أَنْ يخلِطَهُ بمثلِهِ ، مِثلَ : أَنْ يَشتريَ صَاعاً مِنْ زيتٍ يُساوي أَربعةَ دراهمَ ، فخلَطَهُ بصاعٍ مِنْ زيتهِ يُساوي أَربعةَ دراهمَ ، وأَفلسَ المشتري قَبلَ دَفعِ الثَّمَنِ . . فللبائعِ أَنْ يَرجِعَ في عينِ مالهِ ؛ لأَنَّ عينَ مالهِ موجودةٌ مِنْ جِهةِ الحُكمِ ، فإِنْ طَلَبَ البائعُ قِسْمَةَ الزيتِ . . أُجبِرَ المُفلِسُ والغُرَماءُ علىٰ القِسمةِ ، كما لو وَرِثَ جماعةٌ زَيتاً ، وطَلَبَ واحدٌ منهمْ قِسمتَهُ . . فإِنَّهُ يُقسَمُ ، ويُجبَرُ المُمتنِعُ منهمْ . وإِنْ طَلبَ البائعُ بَيعَ الزيتِ ، وقِسمةَ ثَمنهِ . . فهلْ يُجبَرُ المُفلِسُ علىٰ ذٰلكَ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يُجبَرُ علىٰ البيعِ ؛ لأَنَّ البائعَ يُمكنُهُ الوصولُ إِلىٰ حقِّهِ مِنْ جِهةِ القِسمةِ ، فلَمْ يَكنْ لَهُ المطالَبَةُ بالبيعِ ، كما لَو وَرِثَ جَماعةٌ زَيتاً ، وطَلبَ واحدٌ منهمُ البيعَ ، فإِنَّ شُركاءَهُ لا يُجبرونَ علىٰ البيعِ .

والثاني : يُجبَرُ المُفلِسُ علىٰ البيعِ ؛ لأَنَّ بالقِسمةِ لا يَصِلُ إِلىٰ عينِ مالهِ ، وربَّما كانَ لَهُ غَرضٌ في أَنْ لا يَأكلَ مِنْ زَيتِ المُشتري .

المسألةُ الثانيةُ : إِذا خَلطَهُ بزيتٍ أَجودَ مِنْ زَيتهِ ، بأَنِ ٱشترىٰ صَاعاً مِنْ زَيتٍ يُساوي دِرْهَمينِ ، فخَلَطَهُ بصاعٍ مِنْ زَيتهِ يُساوي أَربعةَ دراهمَ . . فهلْ للبائعِ أَنْ يَرجِعَ في عينِ مالهِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لَهُ أَنْ يَرجِعَ ، وهوَ ٱختيارُ المُزنيِّ ؛ لأَنَّهُ ليسَ لَهُ فيهِ أَكثرُ مِنْ أَنَّهُ وَجدَ عينَ مالهِ مختلِطَةً بمالِ المُفلِسِ ، وذٰلكَ لا يَمنعُ الرجوعَ ، كما لوِ ٱشترىٰ ثوباً ، فَصَبَغَهُ بصِبغٍ مِنْ عندِهِ . . فإِنَّ لبائعِ الثوبِ أَنْ يَرجعَ فيهِ .

والثاني : ليسَ لَهُ أَنْ يَرجِعَ في عينِ مالِهِ .

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (**وهوَ أَصحُّ** ، وبهِ أَقولُ) ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ لَهُ الرجوعُ بمِثلِ

مَكيلتِهِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ أَكثرُ قيمةً مِنْ عينِ مالهِ ، ولا بقيمةِ صَاعهِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ أَنقصُ مِنْ حقِّهِ .

فإذا قلنا بهٰذا : ضَربَ معَ الغُرَماءِ بالثَّمَنِ .

وإذا قلنا بالأَوّلِ : فكيفَ يَرجِعُ ؟ فيهِ قولانِ ، حكاهُما الشيخُ أَبو إِسحاقَ ، وٱبنُ الصبّاغِ . وأَمّا الشيخُ أَبو حامدٍ : فحكاهُما وجهينِ :

أَحدُهما ـ وهو قولُ أَبي إِسحاقَ ، وٱختيارُ ٱبنِ الصبّاغِ ـ : أَنَّهُ يُباعُ الزيتانِ ، ويَأخذُ قيمةَ ثُلُثيْ صَاعٍ ، وهو دِرهمانِ ؛ لأَنّا لو قلنا : لَهُ الرجوعُ في ثُلُثي صَاعٍ . لكانَ ذٰلكَ رِباً .

والثاني ـ وهوَ ٱختيارُ الشيخِ أَبي حامدٍ ، قال : **وهوَ المنصوصُ** ـ : (أَنَّهُ يَرجِعُ في ثُلُثي صَاعٍ) ؛ لأَنَّهُ ليسَ ببيعٍ ، وإِنَّما وُضِعَ ذٰلكَ عَنْ مكيلِهِ زَيتاً .

المسأَلةُ الثالثةُ : إذا خَلَطهُ بأَردأَ مِنْ زَيتهِ ، بأَنِ ٱشترىٰ صَاعاً مِنْ زَيتٍ يُساوي أَربعةَ دَراهِمَ ، فخَلَطهُ بصَاعٍ مِنْ زَيتهِ يُساوي دِرهمينِ . فللبائعِ أَنْ يَرجِعَ في عينِ مالهِ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّ عينَ مالهِ موجودةٌ مِنْ طريقِ الحُكمِ ، فإِنْ رَضيَ البائعُ بأَخذِ صَاعٍ منهُ . . أُجبرَ المُفلِسُ علىٰ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ أَنقصُ مِنْ حقِّهِ ، وإِنْ لَمْ يَرضَ البائعُ بذٰلكَ . . ففيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ ، حكاها الشيخُ أَبو حامدٍ :

أَحدُها : ليسَ لَهُ إِلاّ صَاعٌ منهُ ؛ لأَنَّهُ وَجدَ عينَ مالهِ ناقصةً ، فإِذا ٱختارَ الرجوعَ فيهِ . . لَمْ يَكنْ لَهُ غيرُهُ ، كما لو كانَ المبيعُ ثوباً ، فلبِسهُ المشتري ونَقَصَ .

والثاني ـ وهوَ قولُ أَبي إِسحاقَ ، ولَمْ يَذكرِ ٱبنُ الصبّاغِ غيرَهُ ـ : أَنَّ الصاعينِ يُباعانِ ، وتُدفعُ إِلىٰ البائعِ قيمةُ صاعهِ ، وهوَ أَربعةُ دراهمَ ، كما قالَ في المسأَلةِ قبلَها ؛ لأَنَّهُ إِنْ أَخذَ مِثلَ كيلِ زَيتِهِ . . كانَ أَنقصَ مِنْ حقِّهِ ، وإِنْ أَخذَ أَكثرَ مِنْ مكيلةِ زَيتِهِ . . كانَ رِباً .

والثالثُ ـ حكاهُ ٱبنُ المَرْزُبانِ ـ : أَنَّ لَهُ أَنْ يأخذَ منهُ صَاعاً وثُلُثَ صَاعٍ بقيمةِ صَاعٍ مِنْ زَيتهِ ، كما قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ في المسأَلةِ قبلَها : (أَنَّهُ يأخذُ ثُلُثي صَاعٍ) . **والأَوّلُ أَصحُّ** .

فرعٌ : [استدان عنباً أو رطباً فخلطه بمثله ثم أفلس] :

وإنِ ٱشترىٰ عِنَباً ، فَخَلطهُ بعِنَبٍ لَهُ ، أَو رُطَباً ، فخَلَطهُ برُطبٍ لَهُ ، ثُمَّ أَفلسَ . . فهلْ للبائعِ أَنْ يَرجِعَ في عينِ مالهِ ؟ فيهِ قولانِ ، حكاهُما الشيخُ أَبو حامدٍ :

أَحدُهما : لا يجوزُ ؛ لأَنَّهُ لا يمكنُ إِفرادُهُ إِلاّ بالقِسمةِ ، وقِسمةُ ذٰلكَ بيعٌ ، وبَيعُ بعضِهِ ببعضٍ لا يجوزُ .

والثاني : يجوزُ ؛ لأَنَّهُ يُمكنهُ إِفرازُ[1] حقِّ ذٰلكَ بالوزنِ والكيلِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وعندي : أَنَّ هٰذينِ القولينِ مأخوذانِ مِنَ القِسمةِ ، هلْ هيَ بيعٌ ، أَو إِفرازُ حقٍّ ؟

فإِنْ قلنا : إِنَّها بيعٌ . . لَمْ يَجُزْ لَهُ الرجوعُ .

فعلىٰ هٰذا : يَضرِبُ معَ الغُرَماءِ بالثَّمنِ .

وإِنْ قلنا : إِنَّها إِفرازُ حقٍّ . . فلهُ الرجوعُ ، وكَيفيَّةُ الرجوعِ علىٰ ما مضىٰ في المسائلِ الثلاثِ : إِذا خَلَطَهُ بمثلِهِ ، أَو بأَجودَ منهُ ، أَو بأَرْدَأَ منهُ .

مسألةٌ : [إفلاس المسلِمِ قبل قبض المسلَم] :

إِذا أَسلمَ رَجلٌ إِلىٰ غيرهِ في شيءٍ علىٰ صِفةٍ ، ثُمَّ أَفلسَ المُسْلِمُ قَبلَ أَنْ يأخذَ المُسْلَمَ فيهِ ، فإِنْ أَرادَ المُسْلِمُ أَنْ يأخذَ المُسْلَمَ فيهِ بدونِ الصِّفةِ التي أَسلمَ فيها . . لَمْ يَجُزْ مِنْ غيرِ رِضا الغُرَماءِ ؛ لأَنَّ حُقوقَهمْ تعلَّقتْ بمالهِ ، وإِنْ رَضِيَ المُفلِسُ والغُرَماءُ بذٰلكَ . . جازَ ؛ لأَنَّ الحقَّ لهمْ ، ولا يخرجُ عنهم إِلاّ برضاهُمْ .

فإِنْ قيلَ : ما الفرقُ بينَ هٰذا ، وبينَ المكاتَبِ إِذا أَذِنَ لَهُ سيِّدُهُ في أَنْ يُبرِّأَ عَنِ الدَّينِ . . أَنَّهُ لا يَصِحَّ إِبراؤهُ في أَحدِ القولينِ ؟

قلنا : الفَرقُ بينَهما علىٰ هٰذا القولِ : أَنَّ المُفلِسَ كاملُ المِلكِ إِلاّ أَنَّهُ مُنِعَ مِنَ

(١) في (م) : (إفراء) .

التصرُّفِ في مالهِ لِتعَلُّقِ حقِّ الغيرِ في مالهِ ، فإذا أَذِنَ لَهُ ذٰلكَ الغيرُ في التصرُّفِ بمالهِ . . صحَّ تصرُّفهُ ، كالمرتَهِنِ إذا أَذِنَ للراهِنِ ، وليسَ كذٰلكَ المكاتَبُ ، فإنَّ المنعَ لنُقصانِ ملكِهِ ، فإذا أَذِنَ لَهُ سيِّدُهُ . . لَمْ يَتكاملْ مِلكُهُ بذٰلكَ .

وإنْ كانَ المُفلِسُ هوَ المُسْلَمُ إليهِ ، فحُجِرَ عليهِ قَبلَ أَنْ يَقبِضَ المُسْلِمُ المُسْلَمَ فيهِ ، فإنْ كانَ رأسُ المالِ باقياً . . كانَ للمُسْلِمِ أَنْ يَفسَخَ عَقدَ السَّلَمِ ، ويَرجِعَ في رأسِ مالهِ ، كما قلنا فيمنْ باعَ عَيناً مِنْ رَجلٍ ، فأفلسَ المشتري . وإنْ كانَ رأسُ المالِ تالفاً . . فللمُسْلِمِ أَنْ يَضرِبَ معَ الغُرَماءِ بالمُسْلَمِ فيهِ ، فإنْ كانَ المُسْلَمُ فيهِ موجوداً في مالِ المُسْلَمِ إليهِ . . أَخذَ ما يَخُصُّهُ مِنْ مالهِ منهُ ، وإنْ كانَ مَعدوماً . . اشترىٰ لَهُ بما يَخصُّهُ مِنْ مالهِ مِنْ جِنسِ المُسْلَمِ فيهِ ؛ لأَنَّ أَخذَ العِوضِ عَنِ المُسْلَمِ فيهِ لا يجوزُ .

وقالَ أَبو إسحاقَ : المُسْلِمُ بالخِيارِ : بينَ أَنْ يُقيمَ علىٰ العَقدِ ، ويَضرِبَ معَ الغُرَماءِ بقَدرِ المُسْلَمِ فيهِ ، وبينَ أَنْ يَفسخَ العقدَ ، ويَضرِبَ معَ الغُرَماءِ برأسِ مالِ السَّلَمِ ، كما قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ ـ فيمنْ أَسلَمَ في شيءٍ ، فانقطعَ ـ : (فلَهُ أَنْ يَفسَخَ العقدَ ، ويَرجِعَ إلىٰ رأسِ مالِ السَّلَمِ) . **والمنصوصُ** : (أَنَّهُ لا يَملكُ فَسخَ العقدِ ، بَلْ يَضرِبُ بقَدرِ المُسْلَمِ فيهِ ، كما أَنَّ البائعَ إذا وجَدَ المبيعَ تالفاً . . ليسَ لَهُ أَنْ يَفسَخَ البيعَ ، ويَضرِبُ معَ الغُرَماءِ بقيمةِ العينِ المَبيعَة) . ويُفارقُ إذا انقطعَ المُسْلَمُ فيهِ ؛ لأَنَّ لَهُ غَرضاً في الفَسخِ ، وهوَ : أَنَّهُ يَرجِعُ برأسِ مالهِ في الحالِ ، وعليهِ مَشقَّةٌ في التأخيرِ إلىٰ وجودِ المُسْلَمِ فيهِ .

إذا ثبتَ هٰذا : فضَربَ معَ الغُرَماءِ بقيمةِ المُسْلَمِ فيهِ ، وعَزَلَ لَهُ ما يَخصُّهُ ليشتريَ لَهُ المُسْلَمَ فيهِ ، بأَنْ أَسلَمَ في مِئةِ ذَهَبٍ[1] ذُرةً ، وكانتْ قيمةُ ذٰلكَ عندَ القِسمةِ عِشرينَ ديناراً ، فَعزَلَ لَهُ ذٰلكَ ، فرَخصَ السِّعرُ ، حتّىٰ صارتِ المِئةُ قبلَ الابتياعِ لَهُ تُساوي عَشَرَةً . . اشترىٰ لَهُ مِئةَ ذَهَبٍ بعشَرَةٍ ، وقُسِمَتِ العشَرَةُ الباقيةُ علىٰ باقي الغُرَماءِ إنْ بَقيَ لهُم مِنْ دَينهِمْ شيءٌ ، أَو رُدَّتْ علىٰ المُفلِسِ إنِ استوفىٰ أَصحابُ الدُّيونِ دُيونَهمْ . وإنْ غَلا الطعامُ عندَ الابتياعِ ، فصارتِ المِئةُ تُساوي أَربعينَ ديناراً . . اشترىٰ لَهُ بالعِشرينَ المَعزُولةِ خَمسينَ ذَهباً .

---

(١) ذهب : مكيال لأهل اليمن . وسلف .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : ويكونُ الباقي في ذِمَّةِ المُسْلَمِ إليهِ .

وقالَ ٱبنُ الصبّاغِ : يَرجِعُ علىٰ الغُرَماءِ بما يَخصُّهمْ مِنْ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ قدْ بانَ أَنَّ حقَّهُ ضِعفُ ما حاصَّ[1] بهِ ؛ لأَنَّ حقَّهَ في المُسْلَمِ فيهِ دونَ القيمةِ .

مسألةٌ : [اكترىٰ بذمته أَرضاً فأَفلس] :

وإِنِ ٱكترىٰ مِنْ رَجلٍ أَرضاً بأُجرةٍ في ذِمَّتهِ ، فأَفلسَ المُكتَري بالأُجرةِ قَبلَ دَفعِها ، فإِنْ كانَ بعدَ ٱستيفاءِ مُدَّةِ الإِجارةِ . . ضَربَ المُكري بالأُجرةِ معَ الغُرَماءِ . وإِنْ كانَ قَبلَ أَنْ يَمضيَ شيءٌ مِنْ مدَّةِ الإِجارةِ . . فالمُكري بالخِيارِ : بينَ أَنْ يَضرِبَ معَ الغُرَماءِ بالأُجرةِ ، ويُقِرَّ العقدَ ، وبينَ أَنْ يَفسَخَ عقدَ الإِجارةِ ، ويَرجِعَ إِلىٰ مَنفعةِ أَرضهِ ، لأَنَّ المنفعةَ كالعينِ المبيعةِ ، فجازَ لهُ الرجوعُ إِليها . وإِنْ كانَ بعدَ مُضيِّ شيءٍ مِنْ مدَّةِ الإِجارةِ . . فالمُكري بالخِيارِ : بينَ أَنْ يُقِرَّ العقدَ ، ويَضرِبَ معَ الغُرَماءِ بالأُجرةِ ، وبينَ أَنْ يَفسَخَ عَقدَ الإِجارةِ فيما بَقيَ مِنَ المدَّةِ ، ويَضرِبَ معَ الغُرَماءِ بأُجرةِ ما مَضىٰ ، كما نقولُ فيمنْ باعَ عَبدينِ بثَمَنٍ ، فتَلِفَ أَحدُهما في يدِ المشتري ، وبقيَ الآخَرُ .

إذا ثبتَ هٰذا : فإِنِ ٱختارَ فَسخَ عقدِ الإِجارةِ ، وفي الأَرضِ زَرعٌ ، فإِنْ كانَ قدِ ٱستُحْصِدَ . . فلَهُ أَنْ يُطالِبَ المُفلِسَ والغُرَماءَ بحصادِهِ ، وتفريغِ الأَرضِ . وإِنْ كانَ الزرعُ لَمْ يُستَحصَدْ ، فإِنِ ٱتَّفقَ المُفلِسُ والغُرَماءُ علىٰ قَطعهِ . . جازَ ، سواءٌ كانتْ لَهُ قيمةٌ أَو لَمْ تكنْ ، ولا يَعترضُ عليهمُ الحاكمُ ؛ لأَنَّ الحقَّ لهمْ ، وإِنِ ٱتَّفقوا علىٰ تركِهِ ، وبَذلوا للمُكري أُجرةَ مِثلِ الأَرضِ إِلىٰ الحصادِ . . لَزِمهُ قبولُ ذٰلكَ ، ولَمْ تكنْ لَهُ مطالبتُهمْ بقَلعهِ ، لأَنَّهُ ليسَ بعرقٍ ظالمٍ .

وإِنِ ٱمتنعَ المُفلِسُ والغُرَماءُ مِنْ بَذلِ الأُجرةِ . . كانَ للمُكري مطالبتُهم بقَلعهِ ؛ لأَنّا قَدْ جوَّزْنا لَهُ الرجوعَ إِلىٰ عينِ مالهِ ، وعينُ مالهِ هُوَ المنفعةُ ، فلا يجوزُ تفويتُها عليهِ بغيرِ عِوضٍ ، بخلافِ ما لو بَاعَ أَرضاً وزَرَعها المشتري ، وأَفلسَ ، ثُمَّ رَجَعَ بائعُ الأَرضِ

---

(١) حاصَّ ـ مثل تحاصَّ القومُ ـ : اقتسموا حِصَصاً ، وكذا المُحاصَّة : إذا أخذ كل واحد منهم حصته ونصيبه وسهمه .

فيها . . فإنَّهُ يَلزمُهُ تَبقيةُ الزرعِ فيها إلىٰ الحصادِ بغيرِ أُجرةٍ ؛ لأنَّ المعقودَ عليهِ في البيعِ هوَ العينُ ، والمنفعةُ تَابعةٌ لا يُقابِلها عِوَضٌ ، وإنَّما دَخلَ المشتري في العقدِ علىٰ أَنْ تكونَ لَهُ بغيرِ عِوَضٍ ، وفي الإجارةِ : المعقودُ عليهِ هو المنفعةُ ، فلا يجوزُ ٱستيفاؤُها بغيرِ عِوَضٍ .

وإنِ ٱختلفَ المُفلِسُ والغُرَماءُ : فقالَ بعضُهمْ : يَقلَعُ . وقالَ بعضُهمْ : بَلْ يَبقىٰ إلىٰ الحصادِ ، فإنْ كانَ الزرعُ لا قيمةَ لَهُ ، كالزرعِ أَوّلَ ما يَخرجُ . . قُدِّمَ قولُ مَنْ دَعا إلىٰ التبقيةِ ؛ لأنَّ مَنْ دَعا إلىٰ القَلعِ . . دَعا إلىٰ الإتلافِ ، فلَمْ يُجبْ إلىٰ ذٰلكَ ، وإنْ كانَ للزرعِ قيمةٌ ، كالقَصيلِ[1] . . ففيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ أَبو إسحاقَ : يَفعلُ ما فيهِ الأَحظُّ ؛ لأنَّ الحَجْرَ يَقتضي طلبَ الحَظِّ .

و**[الثاني]** : **قالَ أَكثرُ أَصحابِنا** : إنَّهُ يجابُ قولُ مَنْ دعا إلىٰ القلعِ ، وقدْ مضىٰ دليلُهما .

فإنْ قيلَ : فما الفرقُ بينَ هٰذا ، وبينَ مَنِ ٱبتاعَ أَرضاً وغَرَسَها ، ثُمَّ أَفلسَ المبتاعُ ، وأَخذَ البائعُ عينَ مالهِ ، وهوَ الأَرضُ ، وصارَ الغِراسُ للمُفلِسِ والغُرَماءِ ، فقالَ بعضُهمْ : يَقلَعُ ، وقالَ بعضُهمْ : يَبقىٰ ، فإنَّهُ يُقدَّمُ قولُ مَنْ قالَ : يَبقىٰ ؟ .

قُلنا : الفرقُ بينَهما علىٰ هٰذا الوجهِ : أَنَّ مَنْ دَعا إلىٰ قَلعِ الغِراسِ . . يُريدُ الإضرارَ بغيرِهِ ؛ لأنَّ بيعَ الغِراسِ في الأَرضِ أَكثرُ لثَمَنِهِ ، فلَمْ يُجبْ قولُ مَنْ دَعا إلىٰ قَلعهِ ، وليسَ كذٰلكَ في الزرعِ ، فإنَّ مَنْ دَعا إلىٰ القَلعِ . . فيهِ منفعةٌ مِنْ غيرِ ضَررٍ ؛ لأنَّ الزرعَ إذا بقيَ قَدْ يَسلمُ ، وقد لا يسلَمُ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنِ ٱتَّفقوا علىٰ تبقيةِ الزرعِ إلىٰ الحصادِ ، وٱحتاجَ إلىٰ سَقْيٍ ومؤنةٍ ، فإنِ ٱتَّفقَ الغُرَماءُ والمُفلسُ علىٰ أَنْ يُنفقوا عليهِ مِنْ مالِ المُفلِسِ الذي لَمْ يُقسَمْ . . ففيهِ وجهانِ :

---

(١) القصيل ـ من قصل الشيء قصلاً : قطعه قطعاً قوياً سريعاً ـ : الشعير يجزُّ أَخضر للعلف .

أَحدُهما : لا يُنفَقُ منهُ ؛ لأَنَّ حصولَ هٰذا الزرعِ مظنونٌ ، فلا يُتْلَفُ عليهِ مالٌ موجودٌ .

والثاني ـ وهوَ المذهبُ ـ : أَنَّه يُنفَقُ عليهِ منهُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ مِنْ مَصلحةِ المالِ ، ويُقصدُ بهِ تَنميةُ المالِ في العادةِ .

وإِنْ دَعا الغُرَماءُ المُفلِسَ إِلىٰ أَنْ يُنفِقَ عليهِ ، وأَبىٰ المُفلِسُ ذٰلكَ . . لَمْ يُجبَر عليهِ ؛ لأَنَّهُ لا يَجبُ عليهِ تنميةُ المالِ للغُرَماءِ . فإِنْ تَطوَّعَ الغُرَماءُ أَو بعضُهمْ بالإِنفاقِ عليهِ مِنْ غيرِ إِذنِ المُفلِسِ والحاكمِ . . لَمْ يَرجِعوا بما أَنفقوا عليهِ ، لأَنَّهُم مُتطوِّعونَ بهِ . وإِنْ أَنفقَ بعضُهمْ بإِذنِ المُفلِسِ والحَاكمِ علىٰ أَنْ يَرجِعَ علىٰ المُفلِسِ بما أَنفقَ . . جازَ ذٰلكَ ، وكانَ لَهُ ذٰلكَ دَيناً في ذمَّةِ المُفلِسِ لا يُشارِكُهُ بهِ الغُرَماءَ ؛ لأَنَّهُ وجبَ عليهِ بعدَ الحَجرِ .

وإِنْ أَنفقَ عليهِ بعضُ الغُرَماءِ ، بإِذنِ باقي الغُرَماءِ ، علىٰ أَنْ يَرجِعَ عليهِمْ . . رَجَعَ عليهِم بما أَنفقَ مِنْ مالِهِمْ .

فرعٌ : [اكترىٰ مركباً لينقل بضاعة فأفلس] :

قالَ في « الأُمِّ » [٣/١٨٣] : (ولوِ ٱكتَرىٰ ظَهراً ليَحمِلَ لَهُ طَعاماً إِلىٰ بَلدٍ مِنَ البُلدانِ ، فحَمَلهُ ، وأَفلسَ المُكتري قبلَ دَفعِ الأُجرةِ . . ضَرَبَ المُكري معَ الغُرَماءِ بالأُجرةِ ، فإِنْ أَفلسَ قبلَ أَنْ يَصِلَ إِلىٰ البَلدِ . . نَظرتَ : فإِنْ كانَ الموضعُ الذي بَلغَ إِليهِ آمِناً . . كانَ لَهُ فَسخُ الإِجارةِ فيما بقيَ مِنَ المُسافةِ ، ويَضَعُ الطَعامَ عندَ الحاكمِ) .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وإِنْ وَضَعهُ علىٰ يدِ عدلٍ بغيرِ إِذنِ الحاكمِ . . ففيهِ وجهانِ ، كالمودعِ إِذا أَرادَ السفرَ ، فأَودعَ الوديعةَ بغيرِ إِذنِ الحاكمِ . . فهلْ يَضمَنُ ؟ فيهِ وجهانِ .

وإِنْ كانَ الموضعُ مَخوفاً . . لَزِمهُ حَملُ الطَعامِ إِلىٰ الموضعِ الذي أَكراهُ لحَمْلهِ إِليهِ ، أَو إِلىٰ مَوضعٍ دُونهُ يَأمنُ عليهِ فيهِ .

قالَ في « الأُمِّ » : (وإِنِ ٱكترىٰ مِنْ رَجلٍ ظَهراً بعينهِ ليَركبَهُ إِلىٰ بلَدٍ ، فأَفلسَ المُكري . . كانَ المُكتري أَحقَّ بالظَّهرِ ؛ لأَنَّهُ ٱستحقَّ منفعتَهُ بعقدِ[1] الإِجارةِ قَبلَ الحَجرِ) .

---

(١) في نسخة : (بحق) .

وإنِ ٱكترىٰ منهُ ظَهراً في ذِمَّتِهِ ، فأفلسَ المُكري . . فإنَّ المُكتريَ يَضرِبُ معَ الغُرَماءِ بقيمةِ المنفعةِ إنْ كانَ لَمْ يَستوفِ شيئاً منها ، أَو بقيمةِ ما بَقيَ منها إنِ ٱستوفىٰ بعضَها ؛ لأنَّ حقَّهُ متعلِّقٌ بذِمَّتِهِ ، فهوَ كما لو باعهُ عيناً بثَمَنٍ في ذمَّتِهِ .

فإنْ كانَ ما يَخصُّهُ مِنْ مالِ المُفلِسِ لا يَبلغُ ما ٱكترىٰ بهِ ، وكانتِ الأُجرةُ باقيةً . . فللمُكتري أَنْ يَفسخَ الإجارةَ ، ويَرجعَ إلىٰ عينِ مالهِ إنْ كانَ لَمْ يَستوفِ شيئاً مِنَ المنفعةِ ، أَو إلىٰ بعضِها إنِ كان قدْ ٱستوفىٰ شيئاً مِنَ المنفعةِ ؛ لأَنَّ الأُجرةَ كالعينِ المبيعةِ .

مسألةٌ : [بعد قسم مال المفلس يحجر عليه] :

إذا قُسِمَ مالُ المُفلِسِ بينَ غُرمائهِ . . ففي حَجْرِهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَزولُ عنهُ مِنْ غيرِ حُكمِ الحاكمِ ؛ لأَنَّ الحجرَ عليهِ كانَ لأَجلِ المالِ ، وقدْ زَالَ المالُ ، فزالَ الحجْرُ بزوالهِ ، كما أَنَّ المجنونَ محجورٌ عليهِ بالجنونِ ، فإنْ زَالَ الجنونُ . . زَالَ الحجْرُ .

والثاني : لا يَزولُ الحجرُ إلاّ بحُكمِ الحاكمِ ؛ لأَنَّهُ حَجرٌ ثَبتَ بالحاكمِ ، فلَمْ يَزُلْ إلاّ بحُكمهِ ، كالحجرِ علىٰ السفيهِ .

مسألةٌ : [مات وعليه ديون] :

ومَنْ ماتَ وعليهِ دُيونٌ . . تعلَّقتْ دُيونُ الغُرَماءِ بمالهِ ، وبهِ قالَ عثمانُ ، وعليٌّ ، وأَبو هريرةَ رضيَ اللهُ عنهمْ وأَرضاهمْ .

وقالَ مالكٌ ، وأَبو حنيفةَ : (لا تَتعلَّقُ بمالهِ) .

دليلُنا عليهما : ما ذَكرناهُ في المُفلِسِ .

فإنْ ماتَ ولَهُ علىٰ غيرهِ دَينٌ إلىٰ أَجلٍ ، وعليهِ دَينٌ إلىٰ أَجلٍ . . فإنَّ الدَّينَ الذي لَهُ إلىٰ أَجلٍ لا يَحِلُّ بموتهِ ، وأَمّا الدَّينُ الذي عليهِ إلىٰ أَجلٍ . . فإنَّهُ يَحِلُّ عليهِ بموتهِ ، وبهِ قالَ مالكٌ ، وأَبو حنيفةَ ، **وعامَّةُ أَهلِ العلمِ** .

وذَهبَ الحسنُ البصريُّ ، وعَمرُو بنُ دينارٍ إلىٰ : أَنَّهُ لا يَحِلُّ ما عليهِ بموتهِ .

دليلُنا : ما رَوىٰ ٱبنُ عُمرَ رضيَ اللهُ عنهما وأرضاهُما : أَنَّ النبيَّ ﷺ قال : « إِذَا مَاتَ ٱلرَّجُلُ وَلَهُ دَينٌ إِلىٰ أَجلٍ ، وعليهِ دَينٌ إِلىٰ أَجلٍ . فالذي عليهِ حالٌّ ، والذي لَهُ إِلىٰ أَجلهِ »(١) .

ولأَنَّهُ لا وجهَ لبقاءِ تأجيلهِ ؛ لأَنَّهُ لا يَخلو : إِمّا أَنْ يَبقىٰ في ذِمَّةِ المَيّتِ ، أَو في ذِمَّةِ الوَرَثةِ ، أَو مُتعلِّقاً بأَعيانِ المالِ ، فبَطَلَ أَنْ يَبقىٰ مؤَجَّلاً في ذِمَّةِ الميّتِ ؛ لأَنَّ ذِمَّتَهُ خَرِبَةٌ ، وبَطَلَ أَنْ يقالَ : يَبقىٰ في ذِمَّةِ الوَرَثةِ ؛ لأَنَّ صاحبَ الدَّينِ لَمْ يَرضَ بذِمَمِهِمْ .

ولأَنَّهُ لو تَعلَّقَ بذِمَمِهِمْ إِذا كانَ للميّتِ مالٌ . . لَتعلَّقَ بذِمَمِهِمْ وإِنْ لَمْ يكنْ للميّتِ مالٌ ، وبَطَلَ أَنْ يقالَ : يَبقىٰ مُؤَجَّلاً مُتعلِّقاً بأَعيانِ مالهِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ إِضرارٌ بصاحبِ الدَّينِ ؛ لأَنَّ أَعيانَ المالِ ربَّما تَلِفَتْ ، وإِضرارٌ بالميّتِ ؛ لأَنَّ ذِمَّتَهُ لا تَبرأُ حتّىٰ يُقضىٰ عنهُ ؛ لِمَا رُويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « نَفْسُ ٱلْمُؤْمِنِ مُرتَهنَةٌ بِدَيْنِهِ ، حَتّىٰ يُقْضىٰ عَنْهُ » . فإِذا بَطَلتْ هٰذهِ الأَقسامُ . . لَمْ يَبقَ إِلاّ القولُ بحُلُولهِ .

فرعٌ : [تصرف الوارث قبل قضاء الدين] :

فإِنْ تَصرَّفَ الوارثُ في التركةِ أَو بعضِها قَبلَ قَضاءِ الدَّينِ . . فهلْ يَصِحُّ تَصرُّفُهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَصِحُّ ، سواءٌ بَقِيَ مِنَ التركةِ ما يَفي بالدَّينِ أَو لا يَفي ؛ لأَنَّ مالَ الميّتِ تَعلَّقَ بهِ ما عليهِ مِنَ الدَّينِ ، فلَمْ يَصِحَّ تَصرُّفُ الوارثِ فيهِ ، كالراهنِ إِذا تَصرَّفَ في عينِ الرهنِ قَبلَ قَضاءِ الدَّينِ .

والثاني : يَصِحُّ تَصرُّفُهُ ؛ لأَنَّهُ حقٌّ تَعلَّقَ بالمالِ مِنْ غيرِ رِضا المالكِ ، فلَمْ يَمنعْ صِحّةَ التَصرُّفِ ، كتصرُّفِ المريضِ في مالهِ .

---

(١) أخرجه عن ابن عمر رضي الله عنهما الدارقطني في « السنن » (٤/ ٢٣٢) في الأقضية ، من طريق أبي حمزة ، عن جابر ، عن نافع ، عن ابن عمر به .

فإذا قلنا بهٰذا : فإنْ قضىٰ الدَّينَ . . نَفَذَ تصرُّفُهُ ، وإنْ لَمْ يَقضِ الدَّينَ . . لَمْ يَنفُذْ تَصرُّفُهُ ؛ لأنّا إنّما صحَّحْنا التصرُّفَ تَصحيحاً مَوقوفاً علىٰ قَضاءِ الدَّينِ ، كما صحَّحْنا تَصرُّفَ المريضِ بمالهِ تَصرُّفاً مَوقوفاً .

فإنْ باعَ عبداً ، ثُمَّ ماتَ البائعُ ، ووجَدَ المشتري بالعبدِ الذي ٱشتراهُ عَيباً ، فردَّهُ ، فإنْ كانَ الثَّمنُ باقياً بعينِهِ . . ٱسترجعهُ ، وإنْ كانَ تالفاً . . رَجَعَ المشتري بالثَّمَنِ في تَرِكَةِ الميِّتِ ، فإنْ كانَ الوراثُ قد تَصرَّفَ بالتركَةِ قَبلَ ذٰلكَ ، أو كانَ حَفَرَ الرَّجلُ بِئراً في طريقِ المُسلمينَ وماتَ ، وتَصرَّفَ وارثُهُ بترِكَتهِ ، ثُمَّ وَقَعَ في تلكَ البِئرِ بهيمَةٌ أو رَجلٌ . . وَجبَ ضَمانُ ذٰلكَ في تَرِكَةِ المَيّتِ ، وهلْ يَصِحُّ تَصرُّفُ الوارثِ قَبلَ ذٰلكَ ؟

إنْ قلنا في المسألَةِ قَبلَها[1] : إنَّهُ يَصِحُّ تَصرُّفهُ . . فهاهُنا أَولىٰ ، وإنْ قلنا هناكَ : لا يَصِحُّ . . ففي هٰذهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَصِحُّ تَصرُّفُهُ ؛ لأَنّهُ تَصرُّفٌ في مالٍ لَهُ ، لَمْ يَتعلَّقْ بهِ حقُّ أَحدٍ .

والثاني : لا يَصِحُّ ؛ لأنّا تَبيَّنّا أَنّهُ تَصرَّفَ والدَّينُ مُتعلِّقٌ بالترِكَةِ .

فرعٌ : [وجد أحد غرماء الميت ماله بعينه] :

وإنْ كانَ في غُرَماءِ الميِّتِ مَنْ باعَ منهُ عَيناً ، ووجَدَ عينَ مالهِ ، ولَمْ يَقبِضْ ثَمَنها ، فإنْ كانتِ التركَةُ لا تَفي بالدَّينِ . . فللبائعِ أَنْ يَرجعَ في عينِ مالهِ .

وقالَ مالكٌ ، وأبو حنيفة : (لا يَرجِعُ فيها ، بَلْ يَضرِبُ معَ الغُرَماءِ بدَينهِ) .

دليلُنا : ما رَوىٰ عُمَرُ بنُ خلدة الزرقيُّ قاضي المدينةِ ، قالَ : أَتينا أَبا هريرةَ رضيَ اللهُ عَنْهُ في صاحبٍ لنا أَفلسَ ، فقالَ : هٰذا الذي قَضىٰ فيهِ رسولُ اللهِ ﷺ : « أَيُّما رَجلٍ ماتَ ، أَو أَفلسَ . . فصاحبُ المتاعِ أَحقُّ بمتاعهِ ، إذا وَجدهُ بعينهِ » . **وهٰذا نصٌّ** في موضعِ الخلافِ .

وإنْ كانَ مالُهُ يَفي بالدَّينِ . . ففيهِ وجهانِ :

---

(١) في (م) : (الأولىٰ) .

[أحدُهما] : قالَ أَبو سعيدٍ الإصطخريُّ : للبائعِ أَنْ يَرجِعَ بعينِ مالِهِ ؛ لحديثِ أَبي هريرةَ رضيَ اللهُ عنهُ ، فإنَّهُ لَمْ يُفرِّقْ .

والثاني : ليسَ لَهُ أَنْ يَرجِعَ بعينِ مالِهِ ، **وهوَ المذهبُ** ؛ لأَنَّ مالَهُ يَفي بدَينهِ ، فلَمْ يَكنْ للبائعِ الرجوعُ بعينِ مالِهِ ، كما لو كانَ حيّاً ، وأَمّا الخبرُ : فمحمولٌ عليهِ إذا ماتَ مُفلِساً ، معَ أَنَّهُ قد رَوىٰ فيهِ أَبو بكرٍ النّيسابوريُّ بإسنادِهِ عَنْ أَبي هريرةَ رضيَ اللهُ عنهُ : « وإنْ خَلَّفَ وفاءً . . فهوَ أُسوةُ الغُرَماءِ »[1] . فيكونُ حجَّةً لنا .

مسألةٌ : [وُجد غريم بعد قسم مال الميت أَو المفلس] :

إذا قُسِمَ مالُ الميِّتِ ، أَو مالُ المُفلِسِ بينَ غُرَمائِهِ ، ثُمَّ ظهرَ لَهُ غريمٌ آخرُ لَهُ دَينٌ كانَ مُستحِقّاً دَينَهُ قَبلَ الحَجرِ . . رَجَعَ الغَريمُ علىٰ سائرِ الغُرَماءِ بما يَخصُّهُ .

وقالَ مالكٌ : (يَرجِعُ غريمُ الميِّتِ ، ولا يَرجِعُ غَريمُ المُفلِسِ) .

دليلُنا : أَنَّ الحاكمَ إنَّما فرَّقَ في غُرمائِهِ ، وعندَهُ أَنَّهُ لا غَريمَ لَهُ سِواهمْ ، فإذا ظَهرَ غيرُهُم . . نَقضَ الحُكمَ ، كالحاكمِ إذا حَكمَ بحكمٍ ، ثُمَّ وَجدَ النصَّ بخلافِهِ .

ولأَنَّهُ لما كانَ لغريمِ الميِّتِ أَنْ يَرجعَ علىٰ الباقينَ . . كانَ لغَريمِ المُفلِسِ مثلُهُ .

فرعٌ : [فُكَّ الحجر عنه وادَّعىٰ آخرون كسبه مالاً بعد الحجر] :

وإنْ فُكَّ الحَجرُ عَن المُفلِسِ ، وبَقيَ عليهِ دَينٌ ، فادَّعىٰ غُرَماؤهُ أَنَّهُ قَدِ ٱستفادَ مالاً بعدَ الحَجرِ . . سأَلهُ الحاكمُ عَنْ ذٰلكَ ، فإنْ أَنكرَ ، ولا بيِّنةَ لهمْ . . فالقولُ قولُهُ معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ بقاءُ العُسْرَةِ . فإنْ ثبتَ لَهُ مالٌ إمَّا بالبيِّنةِ أَو بإقرارِهِ ، وطلبَ الغُرَماءُ الحَجرَ عليهِ . . نَظرَ الحاكمُ فيهِ وفيما عليهِ مِنَ الدَّينِ ، فإنْ كانَ يَفي بالدَّينِ . . لَمْ يَحجُر عليهِ ، بَلْ يأمرُهُ بقضاءِ الدَّينِ ، وإنْ كانَ أَقلَّ . . حَجرَ عليهِ ، وقَسَمَ مالَهُ بينَ الغُرَماءِ .

---

(١) سلف ، وأخرجه عن أبي هريرة رضي الله عنه البيهقي في « السنن الكبرى » (٦/ ٤٧) في التفليس .

وإنْ تَجدَّدَ عليهِ دَينٌ بعدَ الحَجرِ الأَوّلِ ، ثُمَّ ظَهرَ لَهُ مالٌ ، فإنْ بانَ أَنَّ المالَ كانَ مَوجوداً قَبلَ فَكِّ الحَجرِ الأَوّلِ عنهُ . . قالَ الجوينيُّ : ٱختصَّ بهِ الغُرَماءُ الأَوَّلونَ دونَ الآخِرينَ ؛ لأَنَّ المالَ كانَ موجوداً تحتَ الحَجْرِ الأَوّلِ ، وإنِ ٱكتسبَ هٰذا المالَ بَعدَ فَكِّ الحَجرِ الأَوّلِ . . ٱشتركَ بهِ الغُرَماءُ الأَوّلونَ والآخِرونَ علىٰ قَدْرِ دُيونِهِمْ .

وقالَ مالكٌ : (يَختصُّ بهِ الغُرَماءُ الآخِرونَ) .

دليلُنا : أَنَّ حُقوقَهمْ مُستويةٌ في الثُبوتِ في الذِمَّةِ حالَ الحَجرِ ، فأَشبهَ غُرماءَ الحَجرِ الأَوّلِ .

مسألةٌ : [المكتري أحقُّ الغرماء بالمنفعة] :

وإنْ أَكرىٰ دَارَهُ أَو عبدَهُ مِنْ رَجلٍ مُدَّةً ، ثُمَّ أَفلسَ المُكري قَبلَ ٱنقضاءِ المدَّةِ . . فإنَّ المكتريَ أَحقُّ بالمنفعةِ مِنَ الغُرَماءِ ؛ لأَنَّهُ قَد مَلَكَ المنفعةَ بعقدِ الإجارةِ قَبلَ الحَجرِ ، فكانَ أَحقَّ بها ، كما لو باعَ شيئاً مِنْ مالهِ ، ثُمَّ أَفلسَ ، فإنْ أَرادَ المُكتري فَسخَ الإجارةِ . . لَمْ يَكنْ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ الفَسخَ إِنَّما يكونُ في الموضعِ الذي يَدخلُ عليهِ الضررُ ولا يَصِلُ إِلىٰ كمالِ حقِّهِ ، وهٰاهُنا يَصِلُ إِلىٰ كمالِ حقِّهِ ، فلَمْ يَكنْ لَهُ الفَسخُ .

فإنِ ٱنهدمتِ الدارُ ، أَو ماتَ العبدُ قَبلَ ٱنقضاءِ مُدَّةِ الإجارةِ . . ٱنفسختِ الإجارةُ فيما بَقيَ مِنَ المدَّةِ ، فإنْ كانتِ الأُجرةُ لَمْ تُقبَضْ . . سَقطَ منها بقسطِ ما بَقيَ مِنَ المدَّةِ ، وإنْ كانتْ قدْ قُبِضتْ ، فإنْ كانتْ باقيةً . . رَجَعَ منها بِما يَخصُّ ما بَقيَ مِنَ المدَّةِ ، وإنْ كانتْ تَالفةً . . تَعلَّقَ ذٰلكَ بذِمَّةِ المُفلِسِ ، ثُمَّ يُنظرُ فيهِ :

فإنْ كانَ ذٰلكَ قَبلَ قِسمةِ مالِ المُفلِسِ . . شَارَكَهُم المُكتري ، وضَرَبَ معهمْ بأُجرةِ ما بَقيَ .

وإنْ كانَ ذٰلكَ بعدَ القِسمةِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يُشاركهمْ ؛ لأَنَّ حقَّ المُكتري كانَ مُتعلِّقاً بالمنفعةِ ، فلمّا تَلِفتِ العينُ المُكراةُ . . عادَ حقُّهُ إِلىٰ ذِمَّةِ المُفلِسِ بعدَ القِسمةِ ، فلَمْ يُشارِكِ الغُرَماءَ ، كما لو ٱستدانَ بعدَ الحَجرِ .

والثاني : يُشارِكُهمْ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّ سَببَ وجوبهِ كانَ قبلَ الحَجرِ ، فشَارِكَهمْ ، كما لوِ ٱنهدمتِ الدارُ ، وماتَ العبدُ قَبلَ القِسمةِ ، ويُخالفُ إِذا ٱستدانَ بعدَ الحَجرِ ، فإِنَّ ذٰلكَ لَمْ يَستنِدْ إِلىٰ سَببٍ قَبلَ الحَجرِ ، فلذٰلكَ لَمْ يُشارِكْهمْ .

واللهُ أَعلمُ

* * *

بابُ الحَجْرِ

الحَجْرُ ـ في اللُّغةِ ـ: المنعُ والحَظْرُ والتضييقُ .

قالَ اللهُ تعالىٰ : ﴿ يَوْمَ يَرَوْنَ ٱلْمَلَٰٓئِكَةَ لَا بُشْرَىٰ يَوْمَئِذٍ لِّلْمُجْرِمِينَ وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَّحْجُورًا ﴾ [الفرقان : ٢٢] ، أَي : حراماً محرَّماً . وقولُهُ تعالىٰ : ﴿ هَلْ فِى ذَٰلِكَ قَسَمٌ لِّذِى حِجْرٍ ﴾ [الفجر : ٥] ، أَي : لذي عَقلٍ ، وسمَّىٰ العقلَ : حِجْراً ؛ لأَنَّهُ يَمنعُ صاحبَهُ مِنْ فِعلِ القَبيحِ ، وسُمِّي حِجْرُ البيتِ : حِجْراً ؛ لأَنَّهُ يَمنعُ مِنَ الطَّوافِ فيهِ .

وكذٰلكَ هوَ في الشرعِ[1] ، وإِنَّما سُمِّيَ : المَحجورَ عليهِ ؛ لأَنَّهُ ممنوعٌ مِنَ التَّصرُّفِ بمالِهِ ، والمحجورُ عليهم ثمانيةٌ : خَمسةٌ حُجِرَ عليهِمْ لحقِّ غيرهِمْ ، وثلاثةٌ حُجِرَ عليهِم لحقِّ أَنفسِهم :

فأَمَّا الخَمسةُ المحجورُ عليهمْ لحقِّ غيرِهمْ : فالمُفلِسُ حُجِرَ عليهِ لحقِّ الغُرَماءِ ، والمريضُ لحقِّ الورثةِ ، والعبدُ القِنُّ ، والمكاتَبُ لحقِّ السيِّدِ ، والمرتدُّ لحقِّ المسلمينَ .

وأَمَّا الثلاثةُ المحجورُ عليهِمْ لحقِّ أَنفسِهم : فالصبيُّ ، والمجنونُ ، والسفيهُ ، وهٰذا موضعُ ذِكرِهمْ .

والأَصلُ في ثبوتِ الحَجرِ علىٰ الصبيِّ : قولُهُ تعالىٰ : ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا ﴾ [النساء : ٦] . و(الابتلاءُ) : الاختبارُ .

قالَ اللهُ تعالىٰ : ﴿ ٱلَّذِى خَلَقَ ٱلْمَوْتَ وَٱلْحَيَوٰةَ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا ﴾ [الملك : ٢] ، أَي :

---

(١) قال ابن الفارس في « معجم مقاييس اللغة » (ص/ ٢٩٧) : **والحِجر** : القرابة ، والقياس فيها قياس الباب ؛ لأنها ذِمام وذمار يُحمىٰ ويحفظ ، قال الشاعر من الطويل :

يـــريـــدون أَن يُقصـــوه عنـــي وإِنـــه ... لـــذو حســـبٍ دانٍ إِلـــيَّ وذو حِجـــر

والحِجرُ : الحرام .

ليختبرَكم . و(اليتيمُ) : مَنْ ماتَ أَبوهُ ، وهو دونَ البلوغِ .

قالَ النبيُّ ﷺ : « لا يُتْمَ بعدَ ٱلحُلْمِ »(١) .

وقولُهُ تعالىٰ : ﴿ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ ﴾ [النساء : ٦] ، أَرادَ بهِ : البلوغَ ، فعبَّرَ عنهُ بهِ ؛ لأَنَّهُ يَشتهي عندَ البلوغِ . وقولُهُ تعالىٰ : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا ﴾ [النساء : ٦] . أَي : عَلِمتمْ منهمْ رُشداً ، فوضعَ الإِيناسَ موضعَ العلمِ ، كما وَضعَ الإِيناسَ موضعَ الرؤيةِ في قولِهِ تعالىٰ : ﴿ ءَانَسَ مِن جَانِبِ ٱلطُّورِ نَارًا ﴾ [القصص : ٢٩] ، أَيْ : رأَىٰ .

قالَ الشافعيُّ : (فلمّا علَّقَ اللهُ تعالىٰ دَفْعَ المالِ إِلىٰ اليَتيمِ بالبلوغِ وإِيناسِ الرُّشْدِ . . عَلِمْنا أَنَّهُ قَبلَ البلوغِ ممنوعٌ مِنْ مالهِ ، محجورٌ عليهِ فيهِ) .

والدليلُ علىٰ ثُبوتِ الحَجرِ علىٰ السفيهِ والصبيِّ والمجنونِ أَيضاً : قولُهُ تعالىٰ : ﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] . والسفيهُ يَجمعُ المُبذِّرَ بمالهِ ، والمحجورَ عليهِ لصِغَرٍ . والضعيفُ يَجمعُ الشيخَ الكبيرَ الفانيَ ، والصغيرَ والمجنونَ ، فأَخبرَ اللهُ تعالىٰ : أَنَّ هٰؤلاءِ يَنوبُ عنهمْ أَولياؤهمْ فيما لَهُمْ وعليهمْ ، فدلَّ علىٰ ثُبوتِ الحَجْرِ عليهمْ .

مسأَلةٌ : [الولاية للأب إن كان عدلاً] :

إِذا مَلَكَ الصبيُّ مالاً . . فإِنَّ الذي يَنظرُ في مالهِ أَبوهُ إِذا كانَ عَدْلاً ، فإِنْ عُدِمَ الأَبُ ، أَو كانَ مِمَّنْ لا يَصلُحُ للنظرِ . . كانَ النظرُ إِلىٰ الجدِّ أَبِ الأَبِ إِذا كانَ عَدلاً ؛ لأَنَّها وِلايةٌ في حَقِّ الصغيرِ ، فقُدِّمَ الأَبُ والجدُّ فيها علىٰ غيرِهما ، كوِلايةِ النكاحِ ، فإِنْ ماتَ الأَبُ وأَوصىٰ إِلىٰ رَجلٍ بالنظرِ في مالِ الابنِ ، وهناكَ جدٌّ يَصلُحُ للنظرِ . . ففيهِ وجهانِ :

المذهب : أَنَّهُ لا تَصِحُّ الوصيَّةُ إِليهِ ، بَلِ النظرُ إِلىٰ الجدِّ .

والثاني ـ حكاهُ في « الإِبانةِ » [ق/ ٢٧٥] ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ رحمَهُ اللهُ ـ : (أَنَّ النظرَ

---

(١) أَخرجه عن علي رضي الله عنه المرتضىٰ أبو داود (٢٨٧٣) في الوصايا ، باب : ما جاء متىٰ ينقطع اليتم ، وهو عند الطحاوي في « مشكل الآثار » (١/ ٢٨٠) بلفظ : « لا يُتْمَ بعد احتلام ، ولا صمات يوم إلىٰ الليل » .

إِلىٰ الوصيِّ ؛ لأَنَّهُ قائمٌ مَقامَ الأَبِ) . وليسَ بشيءٍ ؛ لأَنَّ الجدَّ يَستحقُّ الوِلايةَ بالشرعِ ، فكانَ أَحقَ مِنَ الوصيِّ .

فإِنْ لَمْ يَكنْ أَبٌ ولا جَدٌّ . . نَظرَ الوصيُّ مِنْ قِبَلِهما ، فإِنْ لَمْ يَكونا ولا وصيُّهما . . فهلْ تَستَحِقُّ الأُمُّ النَظرَ ؟ فيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ أَبو سعيدٍ الإِصطخريُّ : تَستَحِقُّ النَظرَ في مالِ وَلدِها ؛ لأَنَّها أَحدُ الأَبوينِ ، فٱستحقَّتِ النَظرَ في مالِ الولدِ ، كالأَبِ .

والثاني ـ وهو المذهب ـ : أَنَّهُ لا وِلايةَ لها ، بَلِ النَظرُ إِلىٰ السلطانِ ؛ لأَنَّها وِلايةٌ بالشرعِ ، فلَمْ تَستحِقَّها الأُمُّ ، كوِلايةِ النكاحِ ، ولأَنَّ قَرابةَ الأُمِّ لا تَتضمَّنُ تَعصيباً ، فلَمْ تَتضمَّنْ وِلايةً ، كقَرابةِ الخالِ .

فإِذا قلنا بقولِ الإِصطخريِّ . . فهلْ يَستحقُّ أَبوها وأُمُّها الوِلايةَ عندَ عَدمِها ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الصيمريُّ .

مسأَلةٌ : [لا يحقّ للناظر التصرف بمال القاصر] :

ولا يجوزُ للنَاظرِ في مالِ الصبيِّ أَنْ يَعتِقَ منه عليهِ ، ولا أَنْ يُكاتِبَ ، ولا أَنْ يَهَبَ ، ولا أَنْ يُحابيَ[1] في البيعِ ؛ لقولِهِ تعالىٰ : ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام : ١٥٢] . وليسَ في شيءٍ مِنْ هٰذهِ الأَشياءِ أَحسنُ .

فرعٌ : [الاتجار بمال اليتيم ونحوه] :

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (وأُحبُّ أَنْ يَتَّجرَ الوصيُّ بأَموالِ مَنْ يَلي عليهِ ، ولا ضمانَ عليهِ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّهُ يجوزُ للنَاظرِ في مالِ الصبيِّ أَنْ يَتَّجرَ في مالهِ ، سَواءٌ كانَ النَاظرُ لَهُ أَباً ، أَو جدّاً ، أَو وصيّاً ، أَو أَميناً مِنْ قِبَلِ الحاكمِ ؛ لما رَوىٰ عبدُ اللهِ بنُ عمرٍو

---

(١) **يحابي** ـ مأخوذ من حبوته ـ : إذا أَعطيتَه ، وحاباه محاباة وحِباءً : مال إليه ، واختصه وسامحه .

رضيَ اللهُ عنهما : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَنْ وُلِّيَ يَتِيْماً ، وَلَهُ مَالٌ . . فَلْيَتَّجِرْ لَهُ ، وَلا يَتْرُكْهُ حتّىٰ تَأْكُلَهُ ٱلصَّدَقَةُ »[1] ، ولأَنَّ ذٰلكَ أَحظُّ للمُولَّىٰ عليهِ ؛ لتكونَ نفقتُهُ مِنَ الربحِ ، كما يَفعلُ البالغونَ ؛ **هٰكذا قالَ عامَّةُ أَصحابِنا** ، إلاّ الصيمَريَّ ، فإِنَّهُ قالَ : لا يُتَّجرُ لَهُ في هٰذا الزمانِ ؛ لفسادهِ وجَورِ السلطانِ علىٰ التُجارِ ، بَلْ يَشتري لَهُ الأَرضَ ، أَو ما فيهِ منفعةٌ ، فإِنِ ٱتَّجَرَ لَهُ . . لَمْ يَتَّجر لَهُ إلاّ في طريقٍ مأْمونٍ ، ولا يَتَّجرُ لَهُ في البحرِ ؛ لأَنَّهُ مَخوفٌ .

فإِنْ قِيلَ : فقدْ رُويَ : (أَنَّ عائشةَ أُمَّ المؤمنينَ أَبْضَعتْ أَموالَ بَني محمَّدِ بنِ أَبي بكرٍ رضيَ اللهُ عنهم في البحرِ)[2] .

قلنا : يَحتمِلُ أَنْ يكونَ ذٰلكَ في مَوضعٍ مأْمونٍ قريبٍ مِنَ الساحلِ ، أَو يَحتمِلُ أَنَّها فعلتْ ذٰلكَ وجَعلتْ ضمانَهُ علىٰ نفسِها إنْ هَلَكَ .

قالَ الصيمَريُّ : ولا يَبيعُ لَهُ إلاّ بالحالِّ ، أَو بالدَّينِ علىٰ مَليٍّ ثِقةٍ .

مسأَلةٌ : [جواز شراء العقار للقاصر] :

ويَجوزُ أَنْ يُبتاعَ لَهُ العقارُ ؛ لأَنَّهُ أَقلُّ غَرراً مِنَ التجارةِ ، ولأَنَّهُ يُنتفعُ بغَلَّتهِ معَ بَقاءِ أَصلهِ .

قالَ أَبو عليٍّ في « الإِفصاحِ » : ولا يَشتريهِ إلاّ مِنْ ثِقةٍ أَمينٍ يُؤمَنُ جُحودُهُ في

---

(١) أَخرجه عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه الترمذي (٦٤١) ، والدارقطني في « السنن » (٢/ ١١٠) في الزكاة ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٢) في البيوع ، باب : تجارة الوصي بمال اليتيم ، بلفظ : « أَلاَ مَن ولي يتيماً له مال . . فليتجر فيه . . » . وقال في « تلخيص الحبير » (٢/ ١٦٦) : في إِسناده المثنىٰ بن الصبَّاح وهو ضعيف . وقد قال الترمذي : إنما يروىٰ من هٰذا الوجه ، وقد روي عن عمرو بن شعيب ، عن عمر بن الخطاب موقوفاً عليه .

(٢) أَخرج خبر عائشة الصديقة رضي الله عنها أبو عبيد القاسم بن سلام في « الأموال » (١٣٠٧) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (٦٩٨٣) ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٣/ ٤٠) في الزكاة من طريق القاسم بن محمد ، يقول : (كانت عائشة تبضع بأموالنا في البحر ، وإنها لتزكيها) . **الإِبضاع** : أن يدفع لأحد مالاً للتجارة ، ويشترط الربح كلّه لربِّ المال .

التالي[١] ، وحيلتُهُ في إفسادِ البيعِ ، ولا يَبتاعهُ في موضعٍ قد أشرفَ علىٰ الهلاكِ بزيادةِ ماءٍ ، أو فِتنَةٍ بينَ طائفتين ؛ لأنَّ في ذٰلكَ تغريراً بمالهِ ، ويَجوزُ لهُ أنْ يَبنيَ لَهُ العقارَ إنِ ٱحتاجَ إليهِ[٢] ، إلاّ أنْ يكونَ الشراءُ أحظَّ لَهُ ، فيشتريَ لَهُ ذٰلكَ .

وإذا ٱحتاجَ إلىٰ البناءِ . . قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (بَنىٰ لَهُ بالآجُرِّ والطينِ ، ولا يَبني لَهُ باللَّبِنِ والجِصِّ ؛ لأنَّ اللَّبِنَ يَهلِكُ ، والآجُرَّ يَبقىٰ ، والجِصَّ يَلتزقُ بالآجُرِّ ، فربَّما ٱحتيجَ إلىٰ نَقضِ شيءٍ مِنَ الآجُرِّ فلا يَتخلَّصُ مِنَ الجِصِّ ، ولأنَّ الجِصَّ يُجحَفُ[٣] بهِ ، والطِّينُ لا يُجحَفُ بهِ) .

قلتُ : وهٰذا في البلادِ التي يَعِزُّ[٤] فيها وجودُ الحجارةِ ، فإنْ كانَ في بلَدٍ يوجدُ فيها الأحجارُ . . كانتْ أولىٰ مِنَ الآجُرِّ ؛ لأنَّها أكثرُ بقاءً ، وأقلُّ مُونةً[٥] .

فرعٌ : [ما يباع فيه عقار الصبي] :

وإنْ مَلَكَ الصبيُّ عَقاراً . . لَمْ يُبَع عليهِ إلاّ في مَوضعينِ :

أحدُهما : أنْ يكونَ بهِ حَاجةٌ إليهِ ، للنفقةِ والكِسوةِ ، وليسَ لَهُ غيرُهُ ، ولا تَفي غَلَّتُهُ بذٰلكَ ، ولا يَجِدُ مَنْ يُقرِضُهُ ، فيجوزُ بَيعُهُ .

والثاني : أنْ يكونَ لَهُ في بَيعهِ غِبْطةٌ[٦] ، وهوَ أنْ تكونَ لَهُ شَرِكةٌ معَ غيرهِ ، أو بجوارِ غيرهِ ، فيَبذلَ لَهُ الغيرُ بذٰلكَ أكثرَ مِنْ قيمتهِ ، ويُؤخَذُ لَهُ مِثلُ ذٰلكَ بأقلَّ مِمّا باعَ بهِ ،

---

(١) **التالي** ـ مأخوذ من التَّلْوِ ، وتلوُ كلِّ شيءٍ ـ : ما يتلوه ويتبعه ، وبابه : سما ، والمراد : أن ينكر البيع فيما يأتي مستقبلاً .

(٢) في نسخة : (اختار ذٰلك) .

(٣) **يجحف** ـ أجحف إجحافاً ـ : اشتد في الإضرار به ، ويقال : أجحف بعبده : كلّفه ما لا يطيق ، ثم استعير في النقص الفاحش .

(٤) **يَعِزُّ** ـ من عزَّ الشيءُ ـ : قلَّ وندر ولا يكاد يوجد ، والأمرُ عليه : صعب ، ومن باب تعب لغة .

(٥) **المونة** : يراد بها الطين والمِلاط يوضع بين سافَي ـ طرفي ـ الحجارة .

(٦) **الغِبطة** : حسن الحال والمسرّة ، ومنه قولهم : اللّهم غِبطاً لا هبطاً ، أي : نسألك الغبطة ، ونعوذ بك أن نهبط عن حالنا .

فيجوزُ لَهُ بيعُ العقارِ عليهِ لذٰلكَ ، وكذٰلكَ إذا كانَ لَهُ عَقارٌ قد أشرفَ علىٰ الهَلاكِ بالغَرقِ ، أَو بالخَرابِ ، أَو بالفتنةِ . . فيجوزُ لَهُ بَيعُهُ عليهِ ؛ لأَنَّ النظرَ لَهُ في ذٰلكَ البيعِ .

فإذا باعَ الأَبُ أَوِ الجدُّ عليهِ عَقاراً ، فَرَفعَ ذٰلكَ إِلىٰ الحاكمِ ، وسأَلَهُ إِمضاءَهُ ، والإِسجالَ[1] لَهُ عليهِ . . أَمضاهُ وأَسجلَ لَهُ عليهِ ؛ لأَنَّ الظاهرَ مِنْ حالِهما أَنَّهما لا يَبيعانِ لَهُ إِلاّ فيما لَهُ فيهِ حظٌّ ، وهلْ يَحتاجُ الحاكمُ إِلىٰ ثُبوتِ عدالتِهما عندهُ ؟

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : سَمعتُ القاضيَ أَبا الطيِّب يقولُ : فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَحتاجُ إِلىٰ ذٰلكَ ، بَلْ يُكتفىٰ بالعدَالةِ الظاهرةِ ، كما قلنا في شُهودِ النكاحِ .

والثاني : يحتاجُ إِلىٰ ذٰلكَ لثبوتِ ولايتِهما عندَهُ ، كما يَحتاجُ إِلىٰ ثُبوتِ عَدالةِ الشهودِ عندهُ .

وأَمّا إِذا رَفعَ الوصيُّ ، أَو أَمينُ الحاكمِ البيعَ إِليهِ ، وسأَلَ الإِسجالَ علىٰ بيعهِ وإِمضاءَهُ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهوَ المشهورُ ـ : أَنَّهُ لا يُمضىٰ ذٰلكَ حتّىٰ تَقومَ عندَهُ البيِّنةُ علىٰ الحظِّ أَنَّ الغِبْطةَ لَهُ ؛ لأَنَّ غيرَ الأَبِ والجدِّ تَلحقُهُ التُّهَمَةُ ، فلَمْ يُقبلْ قولُهُ مِنْ غيرِ بيِّنَةٍ ، بخلافِ الأَبِ والجدِّ .

والثاني ـ ذَكرهُ القاضي أَبو الطيِّبِ في « المُجرَّدِ » ـ : أَنَّهُ يُقبلُ قولُهما مِنْ غيرِ بيِّنَةٍ ، كالأَبِ والجدِّ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وهٰذا لَهُ عندي وجهٌ ؛ لأَنَّهُ إِذا جازَ لهما التجارةُ في مالهِ ، فيبيعانِ ويَشتريانِ ، ولا يَعترضُ الحاكمُ عليهما . . جازَ أَيضاً في العَقارِ .

فإِنْ بَلغَ الصبيُّ وٱدّعىٰ أَنَّ الأَبَ أَوِ الجدَّ باعَ عليهِ عقارَهُ مِنْ غيرِ غِبطةٍ ولا حَاجةٍ ، فإِنْ أَقامَ بيِّنَةً علىٰ ما ٱدّعاهُ . . حُكِمَ لَهُ بهِ ، وإِنْ لَمْ يُقِمْ بيِّنَةً . . فالقولُ قولُ الأَبِ أَو الجدِّ معَ يمينِهِ .

---

(١) **الإِسجال** ـ من أسجل الحاكم تسجيلاً ـ : إذا كتب صكاً في شيء .

وإنْ باعَ غيرُ الأَبِ أَوِ الجدِّ عليهِ ، كالوصيِّ وأَمينِ الحاكمِ ، فلمّا بَلغَ الصبيُّ ، ٱدَّعىٰ أَنَّهُ باعَ عليهِ مِنْ غيرِ غِبطةٍ ولا ضرورةٍ ، فإنْ أَقامَ بيِّنةً . . حُكِمَ لَهُ ، وإنْ لَمْ يُقِمْ بيِّنةً . . لَمْ يُقبَلْ قولُ الوصيِّ والأَمينِ مِنْ غيرِ بيِّنةٍ ؛ لأَنَّ التُّهمَةَ تَلْحقُهُ ، ولهٰذا لا يجوزُ لَهُ أَنْ يشتريَ مالَ المُولَّىٰ عليهِ مِنْ نفسهِ ، فلَمْ يُقبلْ قولُهُ مِنْ غيرِ بيِّنةٍ ، بخلافِ الأَبِ والجدِّ .

فرعٌ : [بيع شقص الصبي] :

وإنْ بيعَ شِقصٌ في شركةِ الصبيِّ ، فإنْ كانَ للصبيِّ حظٌّ في الأَخذِ ، بأَنْ كانَ لَهُ مالٌ يُريدُ أَن يشتريَ لَهُ بهِ عقاراً . . أَخذَ لَهُ بالشُّفعةِ ، وإنْ كانَ الحظُّ لَهُ بالتركِ ، بِأَنْ كانَ لا مالَ لَهُ يُريدُ أَنْ يشتريَ لَهُ بهِ ، أَو كانَ ذٰلكَ في موضعٍ قد أَشرفَ علىٰ الهلاكِ ، أَو بيعَ بأَكثرَ مِنْ قيمتهِ . . لَمْ يَأخُذْهُ لَهُ بالشُّفعةِ . فإنْ أَخذَ لَهُ الوليُّ في موضعٍ يَرىٰ لَهُ الحظَّ في الأَخذِ ، فبَلغَ الصبيُّ ، وأَرادَ أَنْ يَرُدَّ ما أَخذَ لَهُ الوليُّ . . لَمْ يَملِكْ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ ما فعلَهُ الوليُّ ممّا فيهِ الحظُّ . . لا يَملِكُ الصبيُّ بعدَ بُلوغهِ رَدَّهُ .

وإنْ تركَ الوليُّ الأَخذَ لَهُ في موضعٍ رَأَىٰ الحظَّ لَهُ في التركِ ، فأَرادَ الصبيُّ بعدَ بُلوغهِ أَنْ يَأخذَهُ . . ففيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : لَهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ بعدَ بُلوغهِ يَملِكُ التَصرُّفَ فيما لَهُ فيهِ حظٌّ ، وفيما لا حظَّ لَهُ فيهِ .

و**[الثاني]** ـ **المنصوصُ** ـ : (أَنَّهُ ليسَ لَهُ ذٰلكَ) ؛ لأَنَّ الوليَّ قدِ ٱختارَ التركَ بحُسنِ نَظرِهِ ، فلَمْ يَكنْ لَهُ نَقضُ ذٰلكَ ، كما لو أَخذَ لَهُ ، والحظُّ في الأَخذِ . . فإِنَّهُ لا يَملِكُ الصبيُّ بعدَ البلوغِ الردَّ .

فإنِ ٱدَّعىٰ بعدَ البلوغِ أَنَّ الوليَّ أَخذَ ، والحظُّ في التركِ ، أَو تَركَ ، والحظُّ في الأَخذِ ، فإنْ أَقامَ بيِّنةً علىٰ ذٰلكَ . . حُكِمَ لَهُ بهِ ، وإنْ لَمْ يُقِمْ بيِّنةً ، فإنْ كانَ الوليُّ أَباً أَو جدّاً . . فالقولُ قولُهما معَ يمينِهما ، وإنْ كانَ غيرُهما مِنَ الأَولياءِ . . لَمْ يُقبَلْ قولُهُ مِنْ غيرِ بيِّنةٍ ؛ لِمَا ذَكرناهُ مِنَ الفرقِ قَبلَ هٰذا .

مسأَلةٌ : [لا يُبع مال المحجور نسيئة] :

ولا يَبيعُ مالَهُ بِنَسيئَةٍ مِنْ غيرِ غِبطةٍ ، فإنْ كانتْ لَهُ سِلعةٌ يُريدُ بيعَها ، وهيَ تُساوي مِئةً نَقداً ، ومِئةً وعِشرينَ نَسيئةً ، فإنْ باعَها بمئةٍ نَسيئةً . . لَمْ يَصِحَّ بَيعُها ، سواءٌ أَخذَ بها رَهناً أو لَمْ يأخذْ ؛ لأنَّ ذٰلكَ دونَ ثَمَنِ المِثلِ ، وإنْ باعَها بمئةٍ نَقداً ، وبعشرينَ نَسيئةً ، وأَخذَ بالعِشرينَ رَهناً . . جازَ ؛ لأنَّهُ قدْ زادَهُ خيراً ، وإنْ باعَها بمئةٍ وعِشرينَ نَسيئَةً ، ولَمْ يَأخذْ بها رَهناً . . لَمْ يَجُزْ لَهُ ؛ لأنَّهُ غرَّرَ بمالِهِ ، وإنْ باعها بمئةٍ وعِشرينَ نَسيئَةً ، وأَخذَ بالجميعِ رَهناً . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يجوزُ ؛ لأنَّ في ذٰلكَ تَغريراً بالمالِ ، وَقَد يَتلَفُ الرهنُ .

والثاني : يَصِحُّ ، وهوَ قولُ أَبي إسحاقَ ، **وأَكثرِ أَصحابِنا** ؛ لأنَّهُ مأمورٌ بالتجارةِ ، وطَلبِ الربحِ ، ولا يُمكنهُ إلاَّ بذٰلكَ .

فعلىٰ هٰذا : يُشترطُ أَنْ يكونَ المشتري ثقةً مليئاً ؛ لأنَّهُ إذا لَمْ يَكنْ ثقةً . . ربَّما رَهنهُ ما لا يَملِكهُ ، وإذا لَمْ يَكنْ مَليئاً . . فربَّما تَلِفَ الرهنُ ، فلا يُمكنُ ٱستيفاءُ الحقِّ منهُ ، ويُشترطُ أَنْ يكونَ الرهنُ يَفي بالدَّينِ ، أَو أكثرَ منهُ ؛ لأنَّهُ ربَّما أَفلسَ ، أَو تَلِفَ ما في يدهِ ، فإذا لَمْ يُمكنِ ٱستيفاءُ الحقِّ مِنَ الرهنِ . . كانَ وجودُ الرهنِ كعدَمِهِ . وهلْ يُشترطُ الإشهادُ معَ ذٰلكَ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الصيمَريُّ .

فرعٌ : [لا يرهن مال الصبي] :

قالَ الصيمَريُّ : ولا يجوزُ أَنْ يَشتريَ لَهُ مَتاعاً بالدَّينِ ، ويَرهنَ مِنْ مالِهِ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ مضمونٌ ، والرهنَ أَمانةٌ ، فإنْ فعلَ . . كانَ ضَامناً .

مسأَلةٌ : [لا يسافر بمال الصغير] :

ولا يجوزُ أَنْ يُسافرَ بمالِهِ مِنْ غيرِ ضرورةٍ ؛ لأنَّ في ذٰلكَ تَغريراً بالمالِ ، وقد رُوِيَ : (أَنَّ المسافرَ ومتاعَهُ ومالَهُ علىٰ قُلَّةٍ)[1] . **قلتُ** : أَي : علىٰ هلاكٍ ، فإنْ دَعتْ

---

(١) **قُلَّة** : قال الجوهري : القُلَّة أعلىٰ الجبل ، وقلة كلِّ شيءٍ أعلاه ؛ لأنه معرَّض للخطر .

إليهِ ضَرورةٌ ، بأَنْ خَافَ مِنْ نَهبٍ ، أَو غرقٍ ، أَو حَريقٍ . . جازَ أَنْ يُسافرَ بهِ إلىٰ حيثُ يَأمنُ عليهِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ موضعُ ضَرورةٍ .

مسأَلةٌ : [جواز إيداع مال الصغير عند الضرورة] :

فإنْ خَافَ علىٰ مالهِ مِنْ نَهبٍ ، أَو غرقٍ ، أَو حَريقٍ ، ولَمْ يَقدرِ الوليُّ علىٰ المسافرةِ بهِ ، أَو أَرادَ الوليُّ السفرَ إلىٰ موضعٍ لا يُمكنهُ نقلُ المالِ إليهِ ، أَو يَحتاجُ في نقلهِ إلىٰ مُؤنةٍ مُجحِفَةٍ . . جازَ أَنْ يُودِعَهُ ، أَو يُقرِضَهُ في هٰذهِ الأَحوالِ ، فإنْ قَدَرَ علىٰ الإيداعِ دونَ الإقراضِ . . أَودعهُ ثِقةً ، وإنْ قَدَرَ علىٰ الإقراضِ دونَ الإيداعِ . . أَقرضَهُ ثِقةً مَليئاً ، وأَشهدَ عليهِ ؛ لأَنَّ غيرَ الثقةِ يَجحدُ ، وغيرَ المليءِ لا يُمكنُ أَخذُ الحقِّ منهُ ، فإنْ رَأَىٰ الحظَّ[1] في أَخذِ الرهنِ . . أَخذهُ ، وإنْ رَأَىٰ الحظَّ في تَركِ الرهنِ . . لَمْ يأخذْهُ ، بأَنْ يكونَ الموضعُ مَخوفاً ، أَو كانَ الوليُّ ممَّنْ يَرىٰ سُقوطَ الحقِّ بتَلَفِ الرهنِ ؛ لأَنَّهُ لا حظَّ لَهُ في أَخذِ الرهنِ معَ ذٰلكَ ، وإنْ قَدَرَ علىٰ الإقراضِ والإيداعِ . . فالإقراضُ أَولىٰ ؛ لأَنَّهُ مضمونٌ ببدَلٍ ، والوديعةُ غيرُ مضمونةٍ ، فإنْ أَودعَ معَ القدرةِ علىٰ الإقراضِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَجوزُ ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهما يجوزُ ، فَخُيِّرَ بينَهُما .

والثاني : لا يجوزُ ؛ لأَنَّ الإقراضَ أَحظُّ لَهُ ، فإذا تَركَ الأَحظَّ . . ضَمِنَ .

فرعٌ : [الاقتراض لليتيم عند الحاجة] :

فأَمّا الاقتراضُ لَهُ . . فيجوزُ إذا دَعتْ إلىٰ ذٰلكَ حَاجةٌ للنفقَةِ عليهِ ، أَوِ الكِسوةِ ، أَوِ النفقَةِ علىٰ عَقارهِ المُستهدِمِ ، إذا كانَ لَهُ مالٌ غائبٌ يَتوقَّعُ وُرُودَهُ ، أَو ثَمرةٌ يَنتظرُها تَفي بذٰلكَ ، وإنْ لَمْ يَكنْ لَهُ شيءٌ يُنتظَرُ . . فلا حظَّ لَهُ في الاقتراضِ ، بَلْ يَبيعُ عليهِ شيئاً مِنْ أُصولهِ ويَصرِفُهُ في نفقتِهِ .

قالَ ابنُ الصبّاغِ : وينبغي إذا لَمْ يَجدْ مَنْ يُقرِضُهُ ، ووجَدَ مَنْ يَبيعُهُ شيئاً بنَسيئَةٍ ،

---

(١) في نسخة : (المصلحة) .

وكانَ أَحظَّ لَهُ مِنْ بَيعِ أُصولِهِ . . أَنْ يجوزَ لَهُ أَنْ يَشتريَهُ لَهُ ، ويَرهنَ شيئاً مِنْ مالِهِ ، وكذٰلكَ إذا ٱقترضَ لَهُ ، ورَهنَ شيئاً مِنْ مالِهِ . . جازَ ، ولٰكن لا يَرهنُ إلاّ عندَ ثقةٍ .

مسألةٌ : [الإنفاق علىٰ القاصر] :

ويُنفقُ عليهِ ويَكسوهُ مِنْ غيرِ إسرافٍ ، ولا إقتارٍ ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿ وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُواْ لَمْ يُسْرِفُواْ وَلَمْ يَقْتُرُواْ وَكَانَ بَيْنَ ذَٰلِكَ قَوَامًا ﴾ [الفرقان : ٦٧] .

وإِنْ كانَ الصبيُّ مُكتَسِباً . . قالَ أَبو إسحاقَ المَرْوزيُّ : أَجبرَهُ الوليُّ علىٰ الاكتسابِ لنفقتِهِ ، وحَفِظَ عليهِ مالَهُ ؛ لأنَّ ذٰلكَ أَحظُّ لَهُ .

فرعٌ : [خلط نفقة الوصي والموصىٰ له] :

فإنْ رأَىٰ الوليُّ أَنَّ الحظَّ للمُولَّىٰ عليهِ بخَلطِ نَفقتِهِ معَ نَفقتِهِ ، بأَنْ كانَ إذا خَلطَ دقيقَهُ بدقيقِهِ . . كانَ أَرفقَ بهِ في المُؤْنةِ ، وأَكثرَ لَهُ في الخُبزِ . . جازَ لَهُ الخَلطُ ؛ لِمَا رُوِيَ : أَنَّهُ لمَّا نَزلَ قولُهُ تعالىٰ : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴾ [النساء : ١٠] . . تَجنَّبَ أَصحابُ النبيِّ ﷺ اليتامىٰ ، وأَفردُوهمْ عنهمْ ، فنزَلَ قولُهُ تعالىٰ : ﴿ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ ﴾[1] [البقرة : ٢٢٠] ، أي : لَضيَّقَ عليكم ؛ لأنَّ (العنَتَ) : الضِّيقُ .

---

(١) أخرجه عن ابن عباس رضي الله عنه أبو داود (٢٨٧١) في الوصايا : باب مخالطة اليتيم في الطعام ، والنسائي في « الصغرىٰ » (٣٦٦٩ و٣٦٧٠) في الوصايا ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٥) في البيوع ، باب : الولي يخلط ماله بمال اليتيم .

وذكره القرطبي في « الجامع لأحكام القرآن » (٣/ ٦٢ ـ ٦٣) ، وابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٥٠) و« تفسير القرآن العظيم » (١/ ٢٥٦ و٤٥٦ ـ ٤٥٧) ، وزاد في عزوه إلىٰ ابن أبي حاتم ، وابن مردويه ، والحاكم في « مستدركه » من طرق ، عن عطاء بن السائب به ، وكذا رواه عن أبي طلحة ، عن ابن عباس . وكذا رواه السدي عن أبي مالك ، وعن أبي صالح ، عن ابن عباس ، وعن مرّة ، عن ابن مسعود بمثله ، وهكذا ذكر غير واحد في سبب نزول الآية ، كمجاهد ، وعطاء ، والشعبي ، وابن أبي ليلىٰ ، وقتادة ، وغير واحد من السلف والخلف .

وإنْ كانَ الحظُّ لَهُ في إفرادِهِ . . لَمْ تَجُزِ الخُلطةُ ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام : ١٥٢] .

فرعٌ : [اختلاف الوصي والموصىٰ له عند الرشد] :

فإنْ بَلغَ الصبيُّ ، وٱختلفَ هوَ والوليُّ في قَدرِ نَفقتِهِ ، فإنْ كانَ الوليُّ أباً أو جدّاً ، فإنِ ٱدَّعىٰ أَنَّهُ أَنفقَ زِيادةً علىٰ النَفقةِ بالمعروفِ . . لَزِمَهما ضَمانُ تلكَ الزيادةِ ؛ لأَنَّهُ مفرِّطٌ ، وإنِ ٱدَّعيا النفقةَ بالمعروفِ . . فالقولُ قولُهُما معَ أَيمانِهما ؛ لأَنَّهُما غيرُ متَّهمَيْنِ . وأَمّا إذا كانَ الوليُّ غيرَهُما ، كالوصيِّ ، وأَمينِ الحاكمِ ، وٱدَّعيا النَفقةَ بالمعروفِ . . فهلْ يُقبَلُ قولُهُما مِنْ غيرِ بيِّنَةٍ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يُقبَلُ قولُهُما مِنْ غيرِ بيِّنَةٍ ، كما لا يُقبَلُ ذٰلكَ منهُما في دَعوىٰ بَيعِ العَقارِ .

والثاني : يُقبَلُ قولُهُما معَ أَيمانِهما .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ إقامةَ البيِّنَةِ علىٰ ذٰلكَ تتعذَّرُ ، بخلافِ البيعِ ، فإنَّهُ لا يَتعذَّرُ عليهِ إقامةُ البيِّنَةِ .

مسأَلةٌ : [بيع الوصي متاعاً للموصىٰ له] :

ويَجوزُ للأَبِ والجَدِّ أَنْ يَبيعا مالَهما مِنَ الصبيِّ ، ويَشتريا مالَهُ بأَنفسِهما إذا رَأَيا الحظَّ لَهُ في ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُما لا يُتَّهمانِ في ذٰلكَ .

قالَ الصيمَريُّ : فيَحتاجُ أَنْ يقولَ : قدِ ٱشتريتُ هٰذا لنفسي مِنِ ٱبني بكذا ، وبِعتُ ذٰلكَ عليهِ ، فيجمعُ بينَ لفظِ البيعِ والشراءِ . قالَ : وغَلِطَ بعضُ أَصحابِنا ، فقالَ : تَكفيهِ النيَّةُ في ذٰلكَ مِنْ غيرِ قولٍ ؛ لأَنَّهُ لا يُخاطِبُ نفسَهُ . وليسَ بشيءٍ ؛ لأَنّا قدْ أَقمناهُ مُقامَ المشتري في لفظِ الشراءِ ، ومُقامَ البائعِ في لفظِ البيعِ .

ولوِ ٱحتاجَ إلىٰ قرضٍ ، فأَقرضَهُ أَبوهُ أَو جدُّهُ ، وأَخذَ مِنْ مالهِ رَهناً . . قالَ الصيمَريُّ : ففيهِ وجهانِ :

الأصحُّ : أَنَّهُ يجوزُ ، إلاّ أَنْ يكونَ أَقرضَهُ مُتطوِّعاً ، ثُمَّ أَحبَّ أَنْ يأخذَ بعدَ ذٰلك منهُ رَهناً ، فلا يكونُ لَهُ .

وأَمّا غيرُ الأَبِ والجدِّ مِنَ الأَولياءِ ، كالوصيِّ ، وأَمينِ الحاكمِ . . فلا يجوزُ أَنْ يَبيعَ مالَهُ مِنَ الصبيِّ ويَتولّىٰ طَرفَيِ العقدِ ، ولا يجوزُ أَنْ يَشتريَ مالَهُ بنفسهِ ؛ لِمَا رُوِيَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « لا يَشترِ ٱلوصيُّ مِنْ مالِ ٱليَتيمِ »[1] ، ولأَنَّ غيرَ الأَبِ والجدِّ يُتَّهمُ في ذٰلكَ ، فلَمْ يَجُزْ .

مسأَلةٌ : [أَكل الولي من مال اليتيم] :

وإنْ أَرادَ الوليُّ أَنْ يَأكلَ مِنْ مالِ المُولّىٰ عليهِ ، فإنْ كانَ الوليُّ غنيّاً . . لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَأكلَ منهُ ، وإنْ كانَ فَقيراً ويَقطعُهُ العملُ علىٰ مالِ المُولّىٰ عليهِ مِنَ الكَسبِ لنفسهِ . . قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (فلَهُ أَنْ يأخذَ مِنْ مالهِ أَقلَّ الأَمرينِ مِنْ كفايتهِ ، أَو أُجرةَ عَمَلِهِ) ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ ﴾ إلىٰ قولهِ تعالىٰ : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [النساء : ٦] . فمعنىٰ قولهِ تعالىٰ : ﴿ وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ ﴾ ، أَيْ : لا تأكُلوا أَموالَ اليَتامىٰ مُبادرةً لئلا يَكبَروا ، فيأخُذوها ، ولأَنَّهُ يَستحِقُّ ذٰلكَ بالعملِ والحَاجةِ . **هٰكذا ذَكرَ عامَّةُ أَصحابِنا** .

وذَكرَ في « المهذَّبِ » : أَنَّهُ إذا كانَ فقيراً . . جازَ لَهُ الأَكلُ مِنْ غيرِ تَفصيلٍ . ولعلَّهُ أَرادَ بإطلاقهِ ما ذَكرَ غيرُهُ . وهلْ يَضمَنُ الوليُّ ما أَكلهُ بالبدلِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يَجبُ عليهِ ضَمانُهُ في ذِمَّتهِ ؛ لأَنَّهُ ٱستباحهُ للحاجةِ مِنْ مالِ غيرهِ ، فوجبَ عليهِ قضاؤُهُ ، كمَنِ ٱضطرَّ إلىٰ طَعامِ غيرهِ .

---

(١) أورده ابن حجر في « تلخيص الحبير » (٣/ ٤٩ـ٥٠) ، وقال : لم أجده ، وقد أخرج البيهقي [في « السنن الكبرىٰ » (٣/ ٥) في البيوع] من طريق زهير بن أبي إسحاق ، عن صلة بن زفر ، قال : كنت جالساً عند ابن مسعود ، فجاء رجل من همدان علىٰ فرس أبلق ، فقال : يا أبا عبد الرحمن ، أشتري هٰذا ؟ قال : ما لَهُ ؟ قال : إن صاحبه أوصىٰ إليَّ ، قال : (لا تشتره ولا تستقرض من ماله) ، وفي (م) : (الولي) بدل : (الوصي) .

والثاني : لا يَجبُ عليهِ ضَمانُهُ ؛ لأَنَّ اللهَ تعالىٰ أَباحَ لَهُ الأَكلَ ، ولَمْ يُوجبِ الضمانَ ، ولأَنَّ ذٰلكَ ٱستحقَّهُ بعملهِ في مالهِ ، فلَمْ يَلزمْهُ ردُّ بَدَلهِ ، كالمستأجِرِ .

مسأَلةٌ : [متىٰ يُفكّ الحجر عن الصبي؟] :

ولا يُفكُّ الحَجرُ عَنِ الصبيِّ حتَّىٰ يَبلُغَ ، ويُؤنَسَ منهُ الرُّشْدُ ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿ **وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا** ﴾ [النساء : ٦] . فأَمرَ بِدفعِ أَموالِهم إِليهِمْ بشرطينِ :

أَحدُهما : البلوغُ ، وعبَّرَ عنهُ ببلوغِهِمُ النكاحَ ؛ لأَنَّهُ يَشتهي بالبلوغِ .

والثاني : إِيناسُ الرُّشْدِ ، والمرادُ بالإِيناسِ : العلمُ بالرُّشْدِ ، كما قالَ تعالىٰ : ﴿ ءَانَسَ مِن جَانِبِ ٱلطُّورِ نَارًا ﴾ [القصص : ٢٩] وأَرادَ بهِ : الرؤيةَ .

إذا ثبَتَ هٰذا : فإِنَّ البلوغَ يَحصُلُ بأَحدِ خَمسةِ أَشياءَ ، ثلاثةٍ يَشتركُ فيها الرجالُ والنساءُ ، وهي : الإِنزالُ ، والسِّنُّ ، والإِنباتُ ، وٱثنتانِ تَختصُّ بهما النساءُ دونَ الرجالِ ، وهما : الحيضُ والحملُ .

فأَمّا الإِنزالُ : فمتىٰ خرجَ منهُ المنيُّ ، وهوَ الماءُ الأَبيضُ الدافقُ الذي يُخلَقُ منهُ الولدُ في الجِماعِ ، أَو في النومِ ، أَو اليَقظةِ . . فهوَ بلوغٌ ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿ **وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَـٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟** ﴾ [النور : ٥٩] . فلمّا أَمرَ الأَطفالَ بالاستئذانِ إِذا ٱحتلَموا . . دَلَّ علىٰ أَنّهمْ قدْ بَلغوا ؛ لأَنَّ قبلَ ذٰلكَ لَمْ يَكُونوا يَستأْذِنونَ .

ورُوي : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « رُفِعَ ٱلقَلَمُ عَنْ ثلاثةٍ : عَنِ المجنونِ حتّىٰ يُفِيْقَ ، وعَنِ ٱلنَّائِمِ حتَّىٰ يَسْتَيْقِظَ ، وعَنِ ٱلصَّبيِّ حَتَّىٰ يَحتلِمَ » .

ورُويَ عَنْ عَطيَّةَ القُرَظيِّ : أَنَّهُ قالَ : (عُرِضْنا علىٰ رسولِ اللهِ ﷺ ، فَمَنْ كانَ مُحتلِماً ، أَو نَبتتْ عَانتُهُ . . قُتِلَ)[1] . فلو لَمْ يَكنْ بالغاً . . لمَا قُتِلَ .

---

(١) أَخرج خبر عطية القرظي أبو داود (٤٤٠٤ و٤٤٠٥) في الحدود ، والترمذي (١٥٨٤) في السير ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٧٤٧٤) وفي « الصغرىٰ » (٤٩٨١) ، وابن ماجه (٢٥٤١) ، وابن الجارود في « المنتقىٰ » (١٠٤٥) ، وابن حبان في « الإحسان » (٤٧٨١)=

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٢٧٦] : وهلْ يكونُ الاحتلامُ مِنَ الصَّبيةِ بلوغاً ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : لا يكونُ بلوغاً ؛ لقولهِ ﷺ : « وعَنْ ٱلصَّبيِّ حَتَّىٰ يَحتَلِمَ » . فخصَّ الصبيَّ بالاحتلامِ .

والثاني ـ وهوَ طريقةُ أَصحابِنا البغداديِّينَ ـ : أَنَّهُ بلوغٌ ؛ لِمَا رَوتْ أُمُّ سُلَيمٍ رضيَ اللهُ عَنهُا قالتْ : سَأَلتُ النبيَّ ﷺ عَنِ المرأةِ تَرىٰ في منامِها ما يَرىٰ الرجُلُ ، فقالتْ أُمُّ المؤمنينَ عائشةُ : فَضَحْتِ النساءَ ، أَوَ يكونُ ذٰلكَ ؟ فقالَ ﷺ : « فِيمَ ٱلشَّبَهُ ؟ إِذا رَأَتْ ذٰلكَ . . فلْتَغْتَسِلْ »(١) . فأَمرَها بالاغتسالِ ، فَثَبتَ أَنَّها مُكلَّفةٌ .

وأَمّا السِّنُّ : فهوَ أَنْ يَستكمِلَ الرجُلُ أَو المرأَةُ خَمسَ عَشْرةَ سنةً .

وحكىٰ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٢٧٦] وجهاً لبعضِ أَصحابِنا : أَنَّ البلوغَ يَحصُلُ بالطَّعنِ في أَوَّلِ سِنِّهِ الخَمسَ عشْرةَ سنَةً .

والأَوَّلُ أَصحُّ ، وبهِ قالَ أَبو يُوسفَ ، ومحمَّدٌ رحمَهُما اللهُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ رحمَهُ اللهُ : (لا يَبلُغُ الغلامُ إِلاَّ لِتسعَ عَشْرةَ سنةً) . وهيَ روايةُ محمَّدٍ عنهُ ، **وهوَ الصحيحُ** . وفي روايةِ الحسنِ اللؤلؤيِّ عنهُ : (إِذا بَلغَ ثمانيَ عَشْرَةَ سَنةً ، وأَمّا الجاريةُ : فتبلُغُ إِذا بَلغتْ سَبعَ عَشْرَةَ سَنةً) .

= في الحدود . قال الترمذي : هٰذا حديث حسن صحيح ، والعمل علىٰ هٰذا عند بعض أَهل العلم أنهم يرون الإنبات بلوغاً إن لم يُعرف احتلامه ولا سِنُّه ، وهو قول أحمد ، وإسحاق . ورواه أحمد في « المسند » (٤/ ٣١٠) ، وفيه : (ومن لم يُنبت . . خُلِّيَ سبيله ، فكنت فيمن لم ينبت ، فخلِّيَ سبيلي) .

(١) سلف بألفاظ متقاربة عن أم سليم ، وهو عند البخاري بنحوه (٢٨٢) في الغسل ، ومسلم (٣١٠) في الحيض . وفي (م) : (فممَّ) . ومما يحسن استدراكه :

عن عائشة رضي الله عنها فيما رواه البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٥٧) : (إذا احتلمت الجارية . . فعليها ما علىٰ أمهاتها من الستر) .

وعن أم سلمة رضي الله عنها عنده أيضاً (٦/ ٥٧) : (إذا حاضت الجارية . . وجب عليها ما يجب علىٰ أمهاتها من الستر) .

وقالَ مالكٌ ، وداودُ : (ليسَ للسِّنِّ حدٌّ في البلوغِ) .

دليلُنا : ما روىٰ ٱبنُ عُمَرَ قالَ : (عُرِضتُ علىٰ عَهدِ رسولِ اللهِ ﷺ عامَ بدرٍ ، وأَنا ٱبنُ ثلاثَ عَشْرَةَ سَنةً ، فردَّني ، وعُرِضتُ عليهِ عامَ أُحدٍ ، وأَنا ٱبنُ أَربعَ عَشْرَةَ سَنةً ، فردَّني ، وعُرِضتُ عليهِ عَامَ الخندقِ ، وأَنا ٱبنُ خَمسَ عَشْرَةَ سَنةً ، فأَجازني في المُقاتِلَةِ)[1] ولا يُجازُ في المقاتِلةِ إلاّ بالغٌ ، فدلَّ علىٰ ما قُلناهُ .

وروىٰ أَنسٌ رضيَ اللهُ عنهُ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « إِذا ٱسْتَكْمَلَ ٱلْغُلاَمُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً . . كُتِبَ مَالَهُ وَمَا عَلَيْهِ ، وأُخِذَتْ مِنْهُ ٱلحُدُودُ »[2] .

وأَمَّا الإِنباتُ : فهوَ نباتُ الشعرِ القويِّ الذي يَحتاجُ إِلىٰ المُوسىٰ ، لا الزَّغَبُ[3] الأَصفرُ حولَ الذَّكرِ ، وحولَ الفَرجِ ، **ولا يَختلِفُ المذهبُ** : أَنَّهُ إِذا نَبتَ ذٰلكَ للكافرِ . .

---

(١) أَخرجه عن ابن عمر الفاروق رضي الله عنهما بألفاظ متقاربة البخاري (٢٦٦٤) في الشهادات و(٤٠٩٧) في المغازي ، ومسلم (١٨٦١) (٩١) في الإمارة ، وأبو داود (٤٤٠٦ و ٤٤٠٧) في الحدود ، والترمذي (١٧١١) في الجهاد ، وابن ماجه (٢٥٤٣) في الحدود .

قال الحافظ في « فتح الباري » (٥/ ٣٢٩) : وأخرجه ابن سعد في « الطبقات » ، فزاد فيه : ذكر بدر ، ولفظه : (عرضت علىٰ رسول الله ﷺ يوم بدر وأنا ابن ثلاث عشرة ، فردني . .) . الحديث كسياق المصنف رحمه الله ، ثم قال : (وأَنا ابن خمس عشرة) ، أي : تجاوزتها ، فألغىٰ الكسر في الأولىٰ ، وجبره في الثانية ، وهو شائع مسموع في كلامهم ، وبه يرتفع الإشكال المذكور ، وهو أولىٰ من الترجيح ، والله أعلم .

ثم قال : (تنبيهان) . فمن أراد التوثق والتوسع في الموضوع . . فليرجع إليه ، فإنه جِدُّ مهمٍّ .

(٢) أَخرجه عن أنس رضي الله عنه ـ كما في « تلخيص الحبير » (٣/ ٤٨) ـ البيهقي في « الخلافيات » من طريق عبد العزيز بن صهيب عنه بسند ضعيف ، وقال الغزالي في « الوسيط » (٤/ ٤٠) تبعاً للإمام في « النهاية » : رواه الدارقطني بإسناده ، فلعله في « الأفراد » أو غيرها ، فإنه ليس في « السنن » مذكوراً ، وذكره البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٥٧) عن قتادة ، عن أنس بلا إسناد ، وقال : إنه ضعيف ، بلفظ : (الصبي إذا بلغ خمس عشرة سنة أقيمت عليه الحدود) . ثم قال : وهو بإسناده في « الخلافيات » .

(٣) **الزَّغَب** ـ بفتحتين ـ : صغار الشعر ولينُهُ مما يبدو للصبي وللشيخ حين يرق شعره ، والشعيرات الصفر علىٰ ريش الفرخ .

حُكِمَ ببلوغهِ ، وهلْ هُو بلوغٌ فيهِ ، أَو دِلالةٌ علىٰ البلوغِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : أَنَّهُ بلوغٌ في نفسِهِ ؛ لأَنَّ ما حُكِمَ بهِ بالبلوغِ . . كانَ بلوغاً في نفسهِ ، كالاحتلامِ .

والثاني : أَنَّهُ ليسَ ببلوغٍ في نفسِهِ ، وإِنَّما هوَ دِلالةٌ علىٰ البلوغِ ؛ لأَنَّ العَادةَ جَرتْ أَنَّهُ لا يَظهرُ إِلاّ في وقتِ البلوغِ .

فإِذا قلنا : إِنَّهُ بلوغٌ في حقِّ الكافرِ . . كانَ بلوغاً في حقِّ المسلمِ ؛ لأَنَّ ما كانَ بلوغاً في حقِّ الكافرِ . . كانَ بلوغاً في حقِّ المسلمِ ، كالاحتلامِ .

وإِذا قُلنا : إِنَّهُ ليسَ ببلوغٍ في حقِّ الكافرِ ، وإِنَّما هوَ دِلالةٌ علىٰ البلوغِ . . فَهلْ يُجعَلُ ذٰلكَ دِلالةً في حقِّ المسلمِ ؟

منهمْ مَنْ قالَ : فيهِ وجهانِ ، ومنهمْ مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : أَنَّهُ دِلالةٌ علىٰ بلوغِهِ ؛ لأَنَّ ما كانَ دِلالةً علىٰ البلوغِ في حقِّ الكافرِ . . كانَ دِلالةً وعَلَماً علىٰ البلوغِ في حقِّ المسلمِ ، كالحَمْلِ .

والثاني : أَنَّهُ لا يكونُ دِلالةً علىٰ بلوغِ المُسلمِ ؛ لأَنَّهُ يُمكنُ الرجوعُ إِلىٰ مَعرفةِ سِنِّ المُسلمِ ؛ لأَنَّهُ مَولودٌ بينَ المسلمينَ ، ولا يُمكنُ ذٰلكَ في سِنِّ الكافرِ ، فلذٰلكَ جُعِلَ الإِنباتُ عَلَماً علىٰ بلوغهِ ، ولأَنَّ الإِنباتَ قد يُستدعىٰ بالدواءِ قَبلَ أَوانهِ ، فالمُسلمُ قَدْ يُتَّهَمُ بأَنَّهُ قد يُعالجُ نَفسَهُ للإِنباتِ ؛ لأَنَّهُ يستفيدُ بذٰلكَ زوالَ الحَجْرِ عنهُ ، وكمالَ تصرُّفِهِ ، وقَبولَ شهادتِهِ ، والكافرُ لا يُتَّهمُ بذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ لا يَستفيدُ بذٰلكَ إِلاّ وجوبَ القتلِ ، وضَربِ الجزيةِ . **هٰذا مذهبُنا** .

وقالَ أَبو حنيفةَ رحمَهُ اللهُ : (الإِنبات لا يكونُ بلوغاً ، ولا دِلالةً علىٰ البلوغِ في حقِّ المُسلمِ والكافرِ) .

دليلُنا : ما رَوىٰ عطيّةُ القُرَظيُّ : أَنَّ رسولَ اللهِ ﷺ حكَّمَ سَعدَ بنَ معاذٍ رضيَ اللهُ عنهُ في بني قُريظةَ ، فحَكمَ بسبيِ ذراريهِمْ ، ونسائِهِمْ ، وقَسْمِ أَموالِهِمْ ، وقَتْلِ مَنْ جرتْ عليهِ المُوسىٰ ، فأَمرَ أَنْ يُكشفَ عَنْ مؤتزريهِمْ ، فَمَنْ أَنبتَ منهمْ . . فهوَ مِنَ المقاتِلةِ ، ومَنْ لَمْ يُنبتْ . . فهوَ مِنَ الذراري ، فَبلغَ ذٰلكَ النبيَّ ﷺ ، فقالَ ﷺ : « لَقَدْ حَكَمْتَ

فِيْهِمْ بِحُكْمِ ٱللهِ مِنْ فَوْقِ سَبْعَةِ أَرْقِعَةٍ »[١] ، يعني : سبعَ سماوتٍ ، الواحدةُ منها : رقيعٌ .

قالَ الصيمَريُّ : وكيفَ يُعرفُ الإنباتُ ؟ قيلَ : يُدفعُ إليهمْ شمعٌ أَو طينٌ رَطبٌ يُلزِقونَهُ علىٰ الموضعِ . وقيلَ : يُلمسُ ذٰلكَ مِنْ فوقِ ثوبٍ ناعمٍ . وقيلَ : يُكشفُ حالاً بعدَ حالٍ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأنَّ سعداً أَمرَ بكشفِ بَني قُريظةَ .

وأَمّا خُضرةُ الشاربِ[٢] ، ونُزولُ العارضَينِ ، ونباتُ اللِّحيةِ ، وخُشونةُ الحَلْقِ ، وقوةُ الكلامِ ، وٱنفراجُ مقدَّمِ الأَنفِ ، ونُهودُ الثَّديَينِ . . فليسَ شيءٌ مِنْ ذٰلكَ بلوغاً ؛ لأَنَّهُ قَدْ يَتقدَّمُ علىٰ البلوغِ ، وقد يتأَخَّرُ عنهُ .

وأَمّا الحيضُ : فهوَ بلوغٌ ؛ لقولهِ ﷺ : « لاَيَقبَلُ ٱللهُ صَلاَةَ ٱمرَأَةٍ تَحِيضُ إلاَّ بِخِمَارٍ » . فَجَعلها مُكلَّفةً بوجودِ الحيضِ ، فدَلَّ علىٰ أَنَّهُ بلوغٌ .

وأَمّا الحَملُ : فإِنَّهُ ليسَ ببلوغٍ في نفسهِ ، وإِنَّما هوَ دِلالةٌ علىٰ البلوغِ ، فإِذا حَملتِ المرأَةُ . . عَلِمنا أَنَّها قد خَرجَ منها المنيُّ ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿ خُلِقَ مِن مَّآءٍ دَافِقٍ ۝ يَخْرُجُ مِنۢ بَيْنِ ٱلصُّلْبِ وَٱلتَّرَآئِبِ ﴾ [الطارق : ٦ـ٧] . قيلَ في التفسيرِ : يَخرجُ ماءُ الرَّجلِ مِنْ صُلْبهِ ، وماءُ المرأَةِ مِنْ صدرِها ، ولقولهِ تعالىٰ : ﴿ إِنَّا خَلَقْنَا ٱلْإِنسَـٰنَ مِن نُّطْفَةٍ أَمْشَاجٍ ﴾ [الإنسان : ٢] . يعني : أَخلاطاً ، فإِذا وَضعتِ المرأَةُ الحملَ . . حكمْنا بأَنَّها قدْ بَلغتْ قَبلَ الوضعِ بستَّةِ

---

(١) أخرجه بألفاظ متقاربة عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه البخاري (٣٠٤٣) في الجهاد و(٣٨٠٤) في مناقب الأنصار و(٤١٢١) في المغازي و(٦٢٦٢) في الاستئذان ، ومسلم (١٧٦٨) في الجهاد ، وأبو داود مختصراً (٥٢١٥ و ٥٢١٦) في الأدب ، باب : ما جاء في القيام ، وفيه : « حكمت فيهم بحكم الله » ، وقال مرة : « لقد حكمت بحكم الملك » .

أما سياق المؤلف : فقد قال الحافظ في « الفتح » (٧/ ٤٧٦) : وفي رواية ابن إسحاق من مرسل علقمة بن وقاص : « لقد حكمت فيهم بحكم الله من فوق سبعة أرقعة » . **أرقعة** ـ جمع رقيع ـ : وهو من أسماء السماء ؛ لأنها رقعت بالنجوم .

وقال في « الفتح » (٦/ ١٩١) : يستفاد منه لزوم حكم المحكم برضا الحكمين .

(٢) **خضرة الشارب** : سواده ، ويقال : طرَّ شاربه : إذا نبت .

أَشهرٍ إنْ كانتْ ذاتَ زوجٍ ، أَو سيِّدٍ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ أَقلُّ مُدَّةِ الحملِ ، وإِنْ كانتْ مطلَّقَةً فأَتتْ بولدٍ ، يَلحَقُ الزوجَ . . حكمْنا أَنَّها كانتْ بالغةً قبلَ الطلاقِ .

فرعٌ : [بلوغ الخنثىٰ] :

وأَمَّا الخُنثىٰ المُشكلُ : فإِذا ٱستكملَ خمسَ عَشْرَةَ سَنةً ، أَو نبتَ لَهُ الشعرُ الخَشِنُ علىٰ عانتهِ . . حُكِمَ ببلوغهِ ؛ لأَنَّهُ يَستوي في ذٰلكَ الرَّجُلُ والمرأَةُ ، وإِنْ حَمَلَ زَالَ إِشكالُهُ وبانَ أَنَّهُ ٱمرأَةٌ ، وحُكِمَ بأَنَّهُ بالغٌ قبلَ الوضعِ بستَّةِ أَشهرٍ ، وإِنْ خَرجَ المنيُّ منهُ مِنْ أَحدِ الفرجينِ . . لَمْ يُحكمْ ببلوغهِ ؛ لجوازِ أَنْ يكونَ خَرجَ مِنَ الفرجِ الزائدِ ، وإِنْ خَرجَ منهُ الدَّمُ مِنْ فرجِ النساءِ . . لَمْ يُحكَمْ ببلوغهِ ؛ لجوازِ أَنْ يكونَ رَجلاً ، وهٰذا عضوٌ زائدٌ ، وإِنْ خَرَجَ منهُ المنيُّ مِنَ الفَرجينِ . . حُكِمَ ببلوغهِ ؛ لأَنَّ خروجَ المنيِّ مِنْ فُروجِ الرجالِ والنساءِ بلوغٌ .

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (وإِنْ حَاضَ وأَمنىٰ . . لَمْ يَبلُغْ) . وٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فقالَ الصيمَريُّ : إِذا حَاضَ مِنْ فَرجِ النساءِ ، وأَمنىٰ مِنْ فَرجِ الرجالِ . . لَمْ يُحكَمْ ببلوغهِ .

وقالَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، **وعامَّةُ أَصحابِنا** : يُحكمُ ببلوغهِ ؛ لأَنَّهُ إِنْ كانَ رَجلاً . . فقدِ ٱحتلمَ ، وإِنْ كانتِ ٱمرأَةً . . فقدْ حَاضَتْ ، وما ذَكرَهُ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ فلَهُ تأْويلانِ :

أَحدُهما : أَنَّهُ أَرادَ : إِذا أَمنىٰ وحَاضَ مِنْ فرجٍ واحدٍ .

والثاني : أَنَّهُ أَرادَ : حَاضَ أَو أَمنىٰ[1] .

فإِنْ قيلَ : هلاَّ جعلتُمْ خُروجَ المنيِّ منهُ مِنْ أَحدِ الفرجينِ دَليلاً علىٰ بلوغهِ ، كما جَعلتُمْ خُروجَ البولِ دَليلاً علىٰ ذُكوريَّتهِ ، أَو أُنوثيَّتهِ ؟

---

(١) يعني : خرج المني أو الدم من أحد الآلتين .

فالجوابُ : أَنَّ البولَ لا يَخرجُ إِلاّ مِنَ الفرجِ المعتادِ ، والمنيَّ قدْ يخرجُ مِنَ المُعتادِ وغيرِهِ .

مسأَلةٌ : [الإيناس بالرشد] :

وأَمّا إِيناسُ الرُّشْدِ : فهوَ إِصلاحُ الدِّينِ والمالِ . (فإِصلاحُ الدِّينِ) : أَنْ لا يَرتكِبَ مِنَ المعاصي ما تُرَدُّ بهِ شهادتُهُ . وأَمّا (إِصلاحُ المالِ) : أَنْ لاَ يكونَ مبذِّراً .

وقالَ مالكٌ ، وأَبو حنيفةَ : (إِذا بلغَ الرَجلُ مُصلِحاً لمالِه . . دُفِعَ إِليهِ مالُهُ وإِنْ كانَ مُفسداً لدينهِ) .

دليلُنا : قولُهُ تعالىٰ : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ [النساء : ٦] .

قالَ ٱبنُ عبّاسٍ رضيَ اللهُ عنهُ : (الرُّشدُ : العقلُ ، والحِلمُ ، والوقارُ)[١] . والحِلمُ والوقارُ لا يكونُ إِلاَّ لِمَنْ كانَ مُصلِحاً لمالِه ودينِهِ ، وكذا رُوِيَ عَنِ الحسنِ في تفسيرِها : أَنَّهُ قالَ : وإِصلاحٌ في مالِهِ ، إِصلاحٌ في دينِهِ ، ولأَنَّ إِفسادَهُ لدينِهِ يمنعُ رُشدَهُ ، والثقةَ في حفظِ مالِهِ ، كما أَنَّ الفِسقَ في الدِّينِ يَمنعُ مِنْ قَبولِ قولِهِ وإِنْ عُرِفَ منهُ الصدقُ في القولِ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فبَلغَ غيرَ مُصلحٍ لمالِهِ ولدينِهِ . . فإِنَّهُ يُستدامُ عليهِ الحَجرُ وإِنْ صارَ شيخاً . وبهِ قالَ مالكٌ ، وأَبو يُوسفَ ، ومحمَّدٌ رحمَةُ اللهِ عليهِمْ .

وقالَ أَبو حنيفةَ رحمَهُ اللهُ : (إِذا بَلغَ غيرَ مُصلحٍ لمالِهِ . . لَمْ يُدفع إِليهِ مالُهُ ، لٰكنْ إِنْ تَصرَّفَ فيهِ ببيعٍ أَو عِتقٍ أَو غيرِهِ . . نَفَذَ تَصرُّفُهُ ، فإِذا بَلغَ خَمساً وعِشرينَ سَنةً . . ٱنفكَّ عنهُ الحَجرُ ، ودُفِعَ إِليهِ مالُهُ وإِنْ كانَ مُفسداً لدينِهِ ومالِهِ ؛ لأَنَّهُ قد آنَ لَهُ أَنْ يَصيرَ جَدّاً ؛ لأَنَّهُ قَدْ يَبلغُ بٱثنتي عَشْرَةَ سَنةً ، فيَتزوَّجُ ، ويولدُ لَهُ ، ويَبلغُ ولدُهُ بٱثنتي عَشْرَةَ سَنةً ، ويولدُ لَهُ . قالَ : وأَنا أَستحيي أَنْ أَمنعَ الجَدَّ مالَهُ) .

---

(١) أورد خبر ابن عباس رضي الله عنهما القرطبي في « جامع أحكام القرآن » (٥/ ٣٧) ، وابن كثير في « التفسير » (١/ ٤٥٣) بلفظ : (صلاحاً في العقل وحفظ المال) .

دليلُنا : قولُهُ تعالىٰ : ﴿ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ [النساء : ٦] . فأَمرَ بدفعِ المالِ إليهمْ بالبلوغِ ، وبإِيناسِ الرُّشْدِ ، وقد بيّنّا الرُّشْدَ ما هوَ . وهٰذا لَمْ يُؤنَسْ منهُ الرُّشْدُ ، فلَمْ يُفَكَّ عنهُ الحَجرُ ، ولَمْ يُدفع إليهِ مالُهُ ، كما لو كانَ ٱبنَ أَربعٍ وعِشرينَ سَنَةً .

وأَمّا قولُهُ : (إِنَّهُ قد آنَ لَهُ أَنْ يَصيرَ جَدّاً) فلا ٱعتبارَ لكونهِ جَدّاً ، أَلا ترىٰ أَنَّ المجنونَ يُستدامُ عليهِ الحَجرُ ما دامَ مَجنوناً وإِنْ كانَ جدّاً ؟

إِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّهُ يَنظرُ بمالهِ مَنْ كانَ يَنظرُ فيهِ قبلَ البلوغِ ؛ لأَنَّهُ حَجرٌ ثَبتَ عليهِ مِنْ غيرِ حاكمٍ ، فكانَ إِلىٰ الناظرِ فيهِ قَبلَ البلوغِ ، كالنَظرِ في مالِ الصغيرِ .

فرعٌ : [اختبار البائع] :

وأَمّا إِصلاحُ المالِ : فلا يُعلمُ إِلاّ بالاختبارِ ، وفي وقتِ الاختبارِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَصِحُّ إِلاّ بعدَ البلوغِ ؛ لأَنَّ الاختبارَ : أَنْ يُدفعَ إِليهِ المالُ ليبيعَ ويشتريَ فيهِ وينفقَهُ ، وهٰذا لا يَصِحُّ إِلاّ بعدَ البلوغِ ، وأَمّا قَبلَ ذٰلكَ : فهوَ محجورٌ عليهِ للصِّغرِ .

والثاني : يَصِحُّ قَبلَ البلوغِ ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ [النساء : ٦] . وهٰذا يَقتضي أَنْ يكونَ الاختبارُ قبلَ بلوغِ الاختبارِ ، ولأَنَّ تأخيرَ النكاحِ إِلىٰ البلوغِ يُؤدّي إِلىٰ الحَجرِ علىٰ رَشيدٍ ؛ لأَنَّهُ قدْ يَبلغُ مُصلِحاً لِمالهِ ودينهِ ، فلو قلنا : إِنَّ الاختبارَ لا يجوزُ إِلاّ بعدَ البلوغِ . لاستُديمَ الحَجرُ علىٰ رَشيدٍ ، ومُنِعَ مِنْ مالهِ ؛ لأَنَّهُ لا يُدفعُ إِليهِ ، إِلاّ بعدَ الاختبارِ .

فإِذا قلنا بهٰذا : فكيفَ يُختبرُ بالبيعِ والشراءِ ؟ فيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها : يأمرُهُ الوليُّ أَنْ يُساوِمَ في السِّلَعِ ، ويُقررَ الثَّمنَ ، ولا يَتولّىٰ العقدَ ؛ لأَنَّ عقدَ الصبيِّ لا يَصِحُّ ، ولٰكنْ يَعقِدُ الوليُّ .

و**[الثاني]** : منهمْ مَنْ قالَ : يَشتري الوليُّ سِلعةً ، ويَدَعُها بيدِ البائعِ ، ويُواطئهُ علىٰ بَيعِها مِنَ الصبيِّ ، فإِنِ ٱشتَراها منهُ بثَمَنِها . عُرِفَ رُشدُهُ .

و[الثالثُ] : منهمْ مَنْ قالَ : يجوزُ عقدُ الصبيِّ ؛ لأنَّهُ موضعُ ضرورةٍ ، وأمّا كيفيَّةُ الاختبارِ :

فإنْ كانَ مِنْ أولادِ التجارِ والسُّوقةِ الذينَ يَخرجونَ إلىٰ السُّوقِ . . فٱختبارُهُ : أنْ يُدفعَ إليهِ شيءٌ مِنْ مالهِ ليَبيعَ ويَشتريَ في السوقِ ، فإنْ كانَ ضابطاً حازماً في البيعِ والشراءِ . . عُلِمَ رُشْدُهُ ، وإنْ كانَ يُغبَنُ بما لا يَتغابنُ الناسُ بمثلهِ . . فهوَ غيرُ رَشيدٍ .

وإنْ كانَ مِنْ أولادِ المُلوكِ والكبارِ[1] والنبلاءِ والتِّناءِ[2] الذينَ يُصانونَ عَنِ الأَسواقِ . . قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : وٱختبارُهمْ أصعبُ مِنَ الأوَّلِ ، وٱختبارُ الواحدِ منهمْ : أنْ يُدفعَ إليهِ شيءٌ مِنَ المالِ ، ويُجعلَ إليهِ نَفقةُ الدارِ مُدَّةَ شهرٍ ، وما أشبهَهُ ، للخُبزِ والماءِ والمِلحِ واللَّحمِ ، فإنْ كانَ ضابطاً حافظاً يُحسِنُ إنفاقَ ذٰلكَ . . عُلِمَ رُشْدُهُ ، وإنْ كانَ غيرَ ضابطٍ . . لَمْ يُعلَمْ رُشْدُهُ .

قالَ الصيدلانيُّ : وولدُ التِّناءِ يُختبرُ بالزراعةِ ، هٰذا إذا كانَ المختبَرُ غُلاماً ، فإنْ كانَ ٱمرأةً . . قالَ الشيخُ أبو حامدٍ ، وٱبنُ الصبّاغِ : لا تُختَبرُ بالبيعِ ولا الشراءِ ؛ لأنَّ العادةَ جَرتْ أنَّها لا تُباشرُ ذٰلكَ ، وإنَّما تُختبرُ البنتُ بأنْ يَدفعَ إليها شيئاً مِنَ المالِ ، ويُجعلَ نساءٌ ثِقاتٌ يُشرفْنَ علىٰ فِعلها ، وتؤمرَ بإنفاقِ ذٰلكَ في الخُبزِ والماءِ والمِلحِ واللَّحمِ ، كما يُختبرُ مَنْ يُصانُ عَنِ الأَسواقِ مِنَ الرجالِ ، ويُضافُ إلىٰ هٰذا شراءُ القُطنِ والغزلِ ؛ لأنَّ هٰذا مِنْ عَمَلِ النساءِ .

وقالَ الصيمَريُّ : إنْ كانتْ مُتبذِّلةً تُعاملُ التجّارَ والصُّنّاعَ . . ٱختُبِرَتْ بالبيعِ والشراءِ أيضاً . قالَ الصيمَريُّ : ولا يُعلَمُ رُشْدُهُ حتّىٰ يَتكرَّرَ ذٰلكَ منهُ التكرُّرَ الذي يُؤمَنُ أنْ يكونَ ذٰلكَ ٱتّفاقاً .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٢٧٧] : ولا يَضمنُ الوليُّ المالَ الذي يَدفعهُ إليهِ للاختبارِ ؛ لأنَّ ذٰلكَ موضعُ حاجةٍ إليهِ .

---

(١) في (م) : (الأكابر) ، وهي جمع : الأكبر ، ومنه قوله تعالى : ﴿ وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَا فِى كُلِّ قَرْيَةٍ أَكَٰبِرَ مُجْرِمِيهَا ﴾ [الأنعام : ١٢٣] .

(٢) التناء ، يقال : تنأ تنوءاً : استغنىٰ وكثر ماله ، وتنأ بالبلد تنوءاً : إذا قطنه ، والتَّانِىءُ : المقيم ، وهُمْ تناء البلد ، والاسم : التناءة .

فرعٌ : [بلغت راشدة] :

إذا بَلغتِ المرأَةُ مُصلِحةً لمالِها ودِينِها . . فُكَّ عنها الحَجرُ ، ودُفِعُ إِليها مالُها ، سواءٌ تَزوَّجتْ أَو لَمْ تتزوَّج ، وكانَ لها التَصرُّفُ بجميعِ مالِها بغيرِ إِذنِ زَوجِها ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ رحمَهُ اللهُ .

وقالَ مالكٌ : (لا يَنفكُّ عنها الحَجرُ حتّىٰ تَتزوَّجَ ، ويَدخُلَ بها ، وإِذا تَزوَّجتْ . . لَمْ يَجُزْ لَها أَنْ تَتصرَّفَ بأَكثرَ مِنْ ثُلُثِ مالِها بغيرِ مُعاوَضةٍ إِلاّ بإِذنِ زَوجِها) .

دليلُنا : ما رُويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ خَطبَ في العيدِ ، فلمّا فَرغَ مِنْ خُطبتهِ . . أَتىٰ النساءَ ، فوعَظهنَّ ، وقالَ : « تَصدَّقْنَ وَلَوْ مِنْ حُلِيِّكُنَّ » ، فتصدَّقنَ بحُليِّهنَّ . فلو كانَ لا يَنفُذُ تَصرُّفُهنَّ بغيرِ إِذنِ أَزواجِهنَّ . . لَمَا أَمرهنَّ النبيُّ ﷺ بالصدقةِ ، ولا مَحالةَ أَنَّهُ كانَ فيهنَّ مَنْ لَها زوجٌ ، ومَنْ لا زَوجَ لَها .

ولأَنَّها حرَّةٌ بالغةٌ رَشيدةٌ ، فلَمْ تُمنعْ مِنْ مالِها ، كما لو تَزوَّجتْ .

مسأَلةٌ : [الرشد يفك الحجر] :

وإِذا بَلغَ مُصلِحاً لمالِهِ ودينِهِ . . فُكَّ عنهُ الحَجرُ ، وهَلْ يَفتقرُ فكُّهُ إِلىٰ الحاكم ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَفتقِرُ إِلىٰ الحاكمِ ؛ لأَنَّهُ حَجرٌ لَمْ يَفتقِرْ ثبوتُهُ إِلىٰ الحاكمِ ، فلَمْ يَفتقِرْ فكُّهُ إِلىٰ الحاكمِ ، كالحَجْرِ علىٰ المَجنونِ ، وفيهِ ٱحترازٌ مِنَ الحَجْرِ علىٰ السفيهِ[1] .

والثاني : لا يَنفكُّ إِلاّ بحكمِ[2] الحاكمِ ؛ لأَنَّهُ يَفتقِرُ إِلىٰ نَظرٍ وٱجتهادٍ ، فٱفتقَرَ إِلىٰ الحاكمِ ، كالحَجرِ علىٰ السفيهِ . **هٰذا هوَ المشهورُ** .

---

(١) قال في « الزاهر » (ص/٣٢٨) : السفيه : القليل العقل ، الضعيف التمييز . **والضعيف** : العيي الذي يعجز عن الإملاء لضعف بيانه ، والعرب تقول ذلك لمن لا بصر له ولا نطق ولا عقل .

(٢) في (م) : (بفكِّ) .

وقالَ الصيمَريُّ : إنْ كانَ النَاظرُ في مالهِ هو الأَبُ أَو الجَدُّ . . لَمْ يَفتقِرْ إِلىٰ الحاكمِ ، وإِنْ كانَ النَاظرُ فيهِ أَمينَ الحاكمِ . . لَمْ يَنفكَّ إلاّ بالحاكمِ ، وإِنْ كانَ النَاظرُ فيهِ هوَ الحاكمُ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَفتقِرُ فكُّهُ إِلىٰ الحاكمِ ، كما لو كانَ النَاظرُ في مالِهِ هو الأَبُ أَوِ الجَدُّ .

والثاني : يَفتقِرُ إِلىٰ الحاكمِ ، كما لو كانَ النَاظرُ فيهِ أَمينَ الحاكمِ .

مسأَلةٌ : [رَشَدَ فرُفِع الحجر ثم فسد] :

إذا بَلغَ الصبيُّ مُصلِحاً لمالهِ ودينهِ ، فَفُكَّ عنهُ الحَجرُ ، ودُفِعَ إِليهِ مالُهُ ، ثُمَّ صارَ مُفسِداً[1] لدينهِ ومالهِ ، أَو لمالهِ . . فإِنَّهُ يُعادُ عليهِ الحَجرُ **بلا خلافٍ علىٰ المذهب** .

أَمّا إِفسادُ الدِّينِ : فمعروفٌ ، وأَمّا إِفسادُ المالِ : قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فيكونُ بأَحدِ أَمرينِ :

[أَحدُهما] : إِمّا بأَنْ يُنفقَهُ في المَعاصي ، مثلِ : الزِّنا ، وشُربِ الخَمرِ ، وغيرِ ذٰلكَ .

والثاني : أَنْ يُنفقَهُ في ما لا مَصلحةَ لَهُ فيهِ ، ولا غَرَضَ ، مِثلَ : أَنْ يَشتريَ ما يُساوي دِرهماً بمئةِ درهمٍ ، فأَمّا إِذا أَكلَ الطيِّباتِ ، أَو لَبِسَ الناعمَ مِنَ الثيابِ ، أَو أَنفقَ علىٰ الفُقهاءِ والفُقراءِ والصُوفيَّةِ . . فهٰذا ليسَ فيهِ إِفسادُ المالِ .

وأَمّا إِذا عَادَ مُفسداً لدينهِ ، وهوَ مُصلحٌ لمالهِ . . فهلْ يُعادُ عليهِ الحَجرُ ؟ فيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ أَبو العبّاسِ : يُعادُ عليهِ الحَجرُ ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] . فأَثبتَ

---

(١) **المُفْسد** : من يعمل شيئاً يؤدي إِلىٰ الفساد من لهو ولعب واضطراب ، والعمل خلاف المصلحة . والفساد : التلف والعطب والخلل .

الوِلايةَ علىٰ السفيهِ ، وهٰذا سَفيهٌ ، ولأَنّهُ معنىً لو قارنَ البلوغَ . . لمَنعَ مِنْ فَكِّ الحَجرِ عنهُ ، فإذا طرأَ بعدَ فكِّ الحَجرِ عنهُ . . ٱقتضىٰ إعادةَ الحَجرِ عليهِ ، كالتَبذيرِ .

و[الثاني] : قالَ أبو إسحاقَ : لا يُعادُ عليهِ الحَجرُ ؛ لأَنَّ الحَجرَ يُرادُ لحفظِ مالهِ ، فإنْ كانَ مُصلِحاً لمالهِ . . لَمْ يُعَدْ عليهِ الحَجرُ ، ويُخالفُ إذا قَارنَ إفسادُ الدِّينِ البلوغَ ؛ لأَنَّ الحَجرَ إذا ثبتَ . . لَمْ يَزُلْ عنهُ إلاّ بأَمرٍ قَويٍّ ، فكذٰلكَ إذا فُكَّ عنهُ الحجرُ . . لَمْ يُعَدْ عليهِ إلاّ بأَمرٍ قَويٍّ . **هٰذا مذهبنا** .

وأَمّا[1] إذا عادَ مُفسِداً لمالهِ ودينهِ : أُعيدَ عليهِ الحَجرُ ، وبهِ قالَ عثمانُ ، وعليٌّ ، والزبيرُ ، وابنُ الزبيرِ ، وعبدُ اللهِ بنُ جعفرٍ[2] ، وعائشةُ أُمُّ المؤمنينَ[3] رضيَ اللهُ

---

(١) في نسخ : (وإنه) .

(٢) يدلُّ له : ما رواه من طرق وبألفاظ متقاربة عن عروة بن الزبير الشافعي في « الأم » (٣/ ١٩٦) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٥١٧٦) ، وابن حزم في « المحلىٰ » (٨/ ٢٨٤ ـ ٢٨٥) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٦١) بلفظ : (أَنَّ عبد الله بن جعفر أتىٰ الزبير بن العوام ، فقال : إني اشتريت كذا وكذا ، وإن علياً يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان ، يعني : فيسأله أن يحجر عليَّ فيه ، فقال الزبير : أنا شريكك في البيع ، وأتىٰ عليٌّ عثمانَ ، فذكر له ، فقال عثمان : كيف أحجر علىٰ رجل في بيعٍ شريكهُ فيه الزبيرُ ؟!) .

قال الشافعي : فعليٌّ رضي الله عنه لا يطلب الحجر إلا وهو يراه ، والزبير رضي الله عنه لو كان الحجر باطلاً . . قال : لا يحجر علىٰ بالغ حرّ ، وكذٰلكَ عثمان ، بل كلُّهم يعرف الحجر في حديث صاحبك . اهـ بيهقي . قال المحقق ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٥٣) : استدل به علىٰ الحجر بالسفه ، واحتج الشافعي علىٰ ذلك بما رواه من حديث أبي يوسف القاضي ، وساق الحديث .

(٣) أخرج خبر عائشة الصديقة رضي الله عنها عبد الرزاق في « المصنف » (١٥٨٥١) في الأيمان والنذور ، والبخاري (٦٠٧٣ و٦٠٧٤ و٦٠٧٥) في الأدب ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٦٢) في الحجر . في قصة ابن الزبير ، حيث قال : (والله لتنتهينّ عائشة رضي الله عنها ، أَو لنحجرنَّ عليها ، فقالت : أهو قال هٰذا ؟ فقالوا : نعم ، فقالت : هو لله عليَّ نذر أن لا أكلم ابن الزبير أبداً ، فاستشفع ابن الزبير إليها حتىٰ طالت هجرتها إيّاه ، فقالت : والله لا أشفع فيه أحداً ، ولا أحنث في النذر الذي نذرته ، فلمّا طال ذلك علىٰ ابن الزبير كلّم المسور بن مخرمة وعبد الرحمن بن الأسود ، فقال : أنشدكما الله لمَا أدخلتماني علىٰ عائشة رضي الله عنها ، فقالا : السلام عليك ورحمة الله وبركاته ، أندخلُ ؟ فقالت عائشة : ادخلوا ، فقالوا : كلُّنا ، قالت : نعم ، ادخلوا كلّكم ولا تعلم أن معهما ابن الزبير ، فلمّا دخلوا دخل ابن الزبير =

عنهم ، وفي التابعينَ : شُريحٌ ، وعطاءٌ ، وفي الفُقهاءِ : مالكٌ ، وأَهلُ المدينةِ ، وأَهلُ الشامِ ، وأَبو يُوسفَ ، ومحمَّدٌ رحمهم اللهُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ رحمَهُ اللهُ : (لا يُعادُ عليهِ الحَجرُ إذا سُلِّمَ إِليهِ مالُهُ بعدَ خَمسٍ وعِشرينَ سَنةً ، سواءٌ وُجِدَ منهُ إِفسادُ المالِ والدِّينِ أَو أَحدِهما) .

دليلُنا : قولُهُ تعالىٰ : ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة : ٢٨٢] .

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (والسفيهُ : هوَ المُفسدُ لمالهِ ودينهِ ، والضَعيفُ : هوَ الصبيُّ والشيخُ الفاني ، والذي لا يَستطيعُ أَنْ يُملَّ : هوَ المَجنونُ ، والسفيهُ : اَسمُ ذَمٍّ يَتناولُ المبذِّرَ . فأَمّا قولُهُ تعالىٰ ﴿سَيَقُولُ ٱلسُّفَهَآءُ مِنَ ٱلنَّاسِ﴾ [البقرة : ١٤٢] . . فأَرادَ : اليهودَ والنصارىٰ ، وقيل : أَرادَ المُنافقينَ . وقولُهُ تعالىٰ : ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ [النساء : ٥] . . قيلَ : أَرادَ بهِ النساءَ ، وقيلَ : أَرادَ بهِ المُبذِّرينَ . وقولُهُ جلَّ وعزَّ : ﴿أَمْوَٰلَكُمُ﴾ ، أَيْ : أَموالَهمْ ، كقولهِ تعالىٰ : ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة : ١٨٨] ، أَيْ : أَموالَ بَعضِكم) . ويَدلُّ علىٰ ما ذَكرناهُ : ما رُويَ : أَنَّ حَبّانَ بنَ مُنقذٍ أَصابَهُ في عُقدتهِ[١] ضَعفٌ ، فأَتىٰ أَهلُهُ النبيَّ ﷺ ، فسأَلوهُ أَنْ يَحجُرَ عليهِ ، فقالَ لَهُ

= الحجاب ، فاعتنق عائشة ، وطفق يناشدها ويبكي ، وطفق المسور وعبد الرحمن يناشدانها إلا ما كلمته وقبلت منه ، ويقولان : إن رسول الله ﷺ قد نهىٰ عمّا قد علمت من الهجرة ، وأنه لا يحلّ لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ليال ، فلما أكثروا علىٰ عائشة من التذكرة والتحريج . . طفقت تذكرهما وتبكي ، وتقول : إني قد نذرت ، والنذر شديد ، فلم يزالا بها حتىٰ كلمت ابن الزبير ، ثم أعتقت في نذرها ذلك أربعين رقبة ، ثم كانت تذكر نذرها ذلك بعد ما أعتقت أربعين رقبة ، ثم تبكي حتىٰ تبلّ دموعها خمارها رضي الله عنها) .

قال البيهقي : فهٰذه عائشة رضي الله عنها لا تنكر الحجر ، وابن الزبير يراه ، وقد كان الحجر معروفاً علىٰ عهد رسول الله ﷺ من غير أن يروىٰ عنه إنكاره .

(١) **العقدة** : الحبسة في النطق ، وهي حالة خِلقية تنشأ عن قَصرٍ في حَكَمةِ اللسان ، وتحدُّ حركته ، ومنه قوله تعالىٰ عن حكاية دعاء موسىٰ عليه السلام : ﴿وَٱحْلُلْ عُقْدَةً مِّن لِّسَانِى﴾ [طه : ٢٧] . وفي الكلام : الصعوبة والغموض . وفي علم النفس : ظاهرة تتولد من الكبت ، فتصبح ذات وجود مستقل .

النبيُّ ﷺ : « لاَ تَبِع » ، فقالَ : إِنِّي لا أَصبِرُ ، فقالَ ﷺ : « مَنْ بَايَعتَهُ . . فَقُلْ : لاَ خِلاَبَةَ ، ولِيَ الخِيَارُ ثَلاثاً »[1] .

فلو كانَ الحَجرُ لا يجوزُ علىٰ البالغِ ، لأَنكرَ النبيُّ ﷺ عليهمْ سؤالَهمْ ، وإِنَّما لَمْ يُجبْهمْ إِلىٰ الحجرِ عليهِ ؛ لأَنَّهُ يَحتمِلُ أَنَّ الذي كانَ يُغبَنُ بهِ مِمّا يُتغابنُ الناسُ بمِثلِهِ .

ويدلُّ علىٰ ما ذَكرناهُ : إِجماعُ الصحابةِ رضيَ اللهُ عنهُمْ وأَرضاهمْ ، وهوَ ما رَوىٰ هشامُ بنُ عُروةَ ، عَنْ أَبيهِ ، عَنْ عبدِ اللهِ بنِ جعفرٍ : (أَنَّهُ ٱشترىٰ أَرضاً سَبْخةً بستِّينَ أَلفَ درهَمٍ ، وغُبِنَ فيها ، فلقيَ عثمانُ علياً رضيَ اللهُ عنهما ، فقالَ لَهُ : لِمَ لا تَحجُرْ علىٰ ٱبنِ أَخيكَ ـ وفي بعضِ الأَخبارِ : أَنَّ عثمانَ قالَ : ما يَسرُّني أَنْ تكونَ لي بنَعليَّ ـ ففَزِعَ عبدُ اللهِ بنُ جعفرٍ مِنْ ذٰلكَ ، ومضىٰ إِلىٰ الزبيرِ ، فأَعلَمهُ بذٰلكَ ، فقالَ الزبيرُ : أَنا شَريكُكَ فيها ، فأَتىٰ عليٌّ عثمانَ رضيَ اللهُ عنهما ، وقالَ لَهُ : ٱحجُر علىٰ عبدِ اللهِ بنِ جعفرٍ ، فقالَ : كيفَ أَحجرُ علىٰ مَنْ شَريكُهُ الزبيرُ ؟!)[2] . وإِنَّما قالَ هٰذا في الزبيرِ ؛ لأَنَّهُ كانَ مَعروفاً بجَودةِ التجارةِ والتَبصُّرِ[3] فيها ، فدلَّ علىٰ : أَنَّ الحجرَ جائزٌ عندَهمْ .

ورُويَ : (أَنَّ عائشةَ رضيَ اللهُ عنها كانتْ تُنفِقُ نَفقَةً كثيرةً ، فقالَ ٱبنُ الزبيرِ : لَتَنتهينَّ عائشةُ ، أَو لأَحجُرَنَّ عليها ، فبلَغَها ذٰلكَ ، فحَلَفَتْ أَنْ لاَ تُكلِّمَهُ ، فأَتاها ٱبنُ الزبيرِ ، فٱعتذرَ إِليها ، فكفَّرتْ عَنْ يَمينِها وكلَّمتْهُ)[4] . فلَمْ يُنكِر عليهِ أَحدٌ . ونقولُ :

---

(١) سلف . **لا خلابة** : لا خديعة باللسان ، وبابه كتب .

(٢) سلف نحوه ، وأخرج الخبر من طريق ابن سيرين عن عثمان أبو عبيد في « الأموال » ، كما ذكره عنه الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٥٠) ، ونحوه أيضاً ما رواه عن عبد الله بن جعفر البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٦١) في الحجر .
سبخة : أرض متغيرة أو ملحة لا تنبت الزرع ، ولا تمسك الماء ، ولا تنتفع به .

(٣) في (م) : (النظر) .

(٤) أخرج خبر عائشة رضي الله عنها من طريق عوف بن مالك بن الطفيل بن الحارث ـ وهو ابن أخي عائشة لأمها ـ البخاري (٦٠٧٣) وغيره مطوّلاً . وسلف قريباً .

ويعلم من هٰذا : ما ذكره الحافظ في « الفتح » (٥/ ٨٣) في الاستقراض : والجمهور علىٰ جواز الحجر علىٰ الكبير ، قال الطحاوي : لم أر عن أحد من الصحابة منع الحجر عن الكبير ، ولا عن التابعين ، إلا عن إبراهيم النخعي ، وابن سيرين ، ومن حجة الجمهور : حديث ابن=

عائشةُ رضيَ اللهُ عنها بالغةٌ رَشيدةٌ ، فكيفَ يُحجَرُ عليها ؟!

ولأَنَّ كُلَّ معنىً لو قَارنَ البلوغَ . . مَنَعَ مِنْ تَسليمِ المالِ إليهِ ، فإذا طَرأَ بعدَ البلوغِ ٱقتضىٰ إعادةَ الحَجرِ عليهِ ، كالمجنونِ .

فرعٌ : [لا حَجر علىٰ شحيح] :

وأمَّا الشحيحُ علىٰ نَفسهِ جدّاً معَ يَسارهِ : فَهلْ يُحجَرُ عليهِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الصيمَريُّ ، **الصحيحُ** : أَنَّهُ لا يُحجَرُ عليهِ .

فرعٌ : [يعاد الحجر علىٰ السفيه بأمر الحاكم] :

وإذا صارَ مُبذِّراً بعدَ فكِّ الحَجرِ عنهُ . . فإِنَّهُ لا يُعيدُ الحَجرَ عليهِ إلاّ الحاكمُ ، وبهِ قالَ أَبو يُوسفَ . وقالَ محمَّدٌ : يَصيرُ بذٰلكَ مَحجوراً عليهِ . وهوَ وَجهٌ لبعضِ أَصحابِنا الخُراسانيِّينَ .

دليلُنا : (أَنَّ عليّاً رضيَ اللهُ عنهُ وأَرضاهُ سأَلَ عثمانَ رضيَ اللهُ عنهُ وأَرضاهُ : أَنْ يَحجرَ علىٰ عبدِ اللهِ بنِ جعفرٍ رضيَ اللهُ عنهما) ، فَدلَّ علىٰ : أَنَّهُ لا يَصيرُ مَحجوراً عليهِ إلاّ بالحاكمِ .

ولأَنَّ الحَجرَ بالتَبذيرِ مُختلَفٌ فيهِ ، فٱفتقرَ إلىٰ الحاكمِ ، كمُدَّةِ[1] العُنَّةِ لا تَثبتُ إلاّ بالحاكمِ ؛ لموضعِ الاختلافِ فيهِ .

وإذا حُجِرَ عليهِ . . لَمْ يَنظرْ في مالهِ إلاّ الحاكمُ ؛ لأَنَّهُ حَجرٌ ثَبتَ بالحاكمِ ، فكانَ هوَ النَاظرُ ، كالحَجرِ علىٰ المُفلِسِ ، ويُستحبُّ أَنْ يُشهدَ الحاكمُ علىٰ ذٰلكَ ، ويَأمرَ مُنادياً : أَلاَ إِنَّ الحاكمَ حَجَرَ علىٰ فُلانٍ ؛ لئلاّ يَغترَّ الناسُ بمعاملتِهِ .

= عباس : أنه كتب إلىٰ نجدة : (وكتبت تسألني متىٰ ينقضي يتم اليتيم ؟ فلَعمري إن الرجل لتنبت لحيته وإنه لضعيف الأخذ لنفسه ضعيف العطاء ، فإذا أخذ لنفسه من صالح ما أخذ الناس . . فقد ذهب عنه اليتم) . وهو وإن كان موقوفاً ، فقد ورد ما يؤيده .

(١) في (م) : (كمن به) .

فرعٌ : [بطلان البيع والشراء وقت الحجر] :

وإذا باعَ أَوِ ٱشترىٰ بعدَ الحَجرِ . . كانَ ذٰلكَ باطلاً ، فإنْ حَصلَ لَهُ في يدِ غيرهِ مالٌ . . ٱسترجعهُ الحاكمُ إنْ كانَ باقياً ، أَوِ ٱسترجعَ بدَلَهُ إنْ كانَ تالِفاً ، وإنْ حَصلَ في يدهِ مالٌ لغيرهِ ببيعٍ أَو غيرهِ . . ٱستردَّهُ الحاكمُ منهُ ، وردَّهُ علىٰ مالِكِه ، وإنْ باعَهُ غيرُهُ شيئاً ، أَو أَقرضَهُ إيّاهُ ، ثُمَّ تَلِفَ في يدهِ ، أَو أَتلفهُ . . فإنَّهُ لا يَجبُ عليهِ ضَمانُهُ ، سواءٌ عَلِمَ بحَجْرِهِ أَو لَمْ يَعلَمْ ؛ لأَنَّهُ إنْ عَلِمَ بحجرهِ . . فقد دَخلَ علىٰ بصيرةٍ ، وإنْ لَمْ يَعلَمْ فيهِ . . فقدْ فرَّط حيثُ بايعَ مَنْ لا يَعلَمُ حالَهُ . ولا يَلزمُهُ ذٰلكَ إذا فُكَّ عنهُ الحَجرُ ؛ لأَنَّ الحَجرَ عليهِ لحفظِ مالهِ ، فلو أَلزمناهُ ذٰلكَ بعدَ الحَجرِ . . لبَطلَ معنىٰ الحجرِ ، وهٰذا في ظاهرِ الحكمِ . وهَلْ يلزَمُهُ ضَمانُهُ فيما بَينَهُ وبينَ اللهِ تعالىٰ ؟ فيهِ وجهانِ ، حَكاهُما في « الإفصاحِ » :

أَحدُهما : يَلزَمُهُ ذٰلكَ ، وبهِ قالَ الصيدلانيُّ ، والعثمانيُّ ؛ لأَنَّ الحَجرَ لا يُبيحُ لَهُ مالَ غيرهِ .

والثاني : لا يَلزَمُهُ . قالَ في « الإفصاحِ » : **وهوَ الأَصحُّ** .

وإنْ غَصَبَ مِنْ غيرهِ عَيناً ، فتلِفَتْ في يدهِ ، أَو أَتلفَها في يدهِ أَو في يدِ مالِكِها . . وَجبَ عليهِ ضَمانُها ؛ لأَنَّ السفيهَ أَحسنُ حالاً مِنَ الصبيِّ والمجنونِ ؛ لأَنَّهُ مُكلَّفٌ ، ثُمَّ ثبتَ أَنَّ الصبيَّ والمجنونَ إذا أَتلفا علىٰ غيرِهما مالاً . . وَجبَ عليهِما الضمانُ ، فكذٰلكَ هٰذا مثلُهُ .

وإنْ أَودعَهُ رَجلٌ عَيناً ، فأَتلفَها . . فَهلْ يَجبُ عليهِ الضَمانُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَجبُ عليهِ ضَمانُها ؛ لأَنَّ صاحبَها عرَّضَها للإتلافِ بتسليمِها إليهِ .

والثاني : يَجبُ عليهِ الضمانُ ؛ لأَنَّ مالِكَها لَمْ يَرضَ بإتلافِها ، فأَشبهَ إذا غَصَبهُ إيّاها ، أَو أَتلفَها .

وإنْ تَلِفتْ في يدهِ بغيرِ تفريطٍ . . لَمْ يَلزَمْهُ ضَمانُها ؛ لأَنَّ غيرَ المَحجورِ عليهِ لا يَلزَمُهُ ذٰلكَ ، فالمَحجورُ عليهِ أَولىٰ .

وإنْ أقرَّ لغيرِهِ بعينٍ في يدِهِ أو دينٍ في ذِمَّتِهِ.. لَمْ يَلزَمْهُ ذٰلكَ في الحالِ، ولا بعدَ فكِّ الحَجرِ؛ لأنّا لو قَبِلنا إقرارَهُ.. لبَطَلَتْ فائدةُ الحَجرِ، والحَجرُ يَقتضي حِفظَ مالِهِ.

فرعٌ: [صحة طلاق ومخالعة السفيه]:

وإنْ طلَّقَ السفيهُ، أو خالَعَ.. صحَّ طَلاقُهُ، وخُلْعُهُ، إلاّ أنَّ المرأةَ لا تُسلِّمُ المالَ إليهِ، بَلْ تُسلِّمُهُ إلىٰ وليِّهِ، فإنْ سلَّمتْهُ إليهِ، فتَلِفَ في يدِهِ، أو أتلَفَهُ.. وجَبَ عليها ضَمانُهُ، كما قلنا في البيعِ. ولو أذِنَ وليُّ السفيهِ للمرأةِ بتَسليمِ المالِ إلىٰ السفيهِ، فسلَّمتْهُ إليهِ.. فهلْ تبرأُ؟ فيهِ وجهانِ:

أحدُهما: تَبرأُ، كما لو سلَّمَتِ المرأةُ المالَ إلىٰ العبدِ بإذنِ سيِّدِهِ.

والثاني: لا تَبرأُ؛ لأنَّهُ ليسَ مِنْ أهلِ القَبضِ. **هٰذا مذهبُنا، وبهِ قالَ عامَّةُ أهلِ العلمِ**.

وقالَ ٱبنُ أبي ليلىٰ، والنَّخَعيُّ، وأبو يُوسفَ: لا يَصِحُّ طَلاقُهُ وخُلعُهُ.

دليلُنا: قولُهُ تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. ولَمْ يُفرِّقْ بينَ السفيهِ وغيرِهِ، ولأنَّهُ يَستفيدُ بالطلاقِ، فإنَّهُ إنْ كانَ قَبلَ الدخولِ.. رَجَعَ إليهِ نِصفُ المَهرِ، وإنْ كانَ بعدَ الدخولِ.. سَقطتْ عنهُ النَفقةُ والكِسوةُ والمَصالحُ، ويحصلُ ذٰلكَ لَهُ بالخُلعِ وما بَذلَتْ لَهُ.

فرعٌ: [نكاح المحجور عليه]:

ولا يَصِحُّ نِكاحُهُ بغيرِ إذنِ الوليِّ؛ لأنَّ النكاحَ يَتضمَّنُ وجوبَ المالِ، فلَمْ يَصِحَّ بغيرِ إذنِ الوَليِّ. وإنِ ٱحتاجَ إلىٰ النكاحِ.. فالوليُّ بالخِيارِ: إنْ شاءَ.. زَوَّجهُ بنفسهِ، وتَولّىٰ العقدَ، وإنْ شاءَ.. أَذِنَ لَهُ ليعقِدَ بنفسهِ؛ لأنَّهُ عاقلٌ مُكلَّفٌ، وإنَّما حَجَرْنا عليهِ لحفظِ مالِهِ، بخلافِ الصبيِّ. وهلْ لَهُ أنْ يأذَنَ لَهُ في النكاحِ مُطْلَقاً، أو يَفتقرُ إلىٰ تَعيينِ المرأةِ، أو تَقديرِ المَهرِ؟ فيهِ وجهانِ:

أَحدُهما : يجوزُ لَهُ أَنْ يَأذَنَ لَهُ مُطلَقاً ، كما يجوزُ للسيِّدِ أَنْ يُطلِقَ الإِذنَ لعبدِهِ في ذٰلكَ .

والثاني : لا يجوزُ حتّىٰ يُعيِّنَ لَهُ الوليُّ المرأَةَ ، أَوِ القبيلةَ والمَهرَ ؛ لأَنَّهُ ربَّما تَزوَّجَ بٱمرأَةٍ شَريفةٍ يَستغرِقُ مَهرُها مالَهُ ، بخلافِ العبدِ ، فإِنَّهُ لا يُزوِّجُ الشَريفةَ ، وأَيضاً فإِنَّ المَهرَ في كَسبهِ ، فلا يُؤدِّي إِلىٰ إِخراجِ شيءٍ مِنْ مالِ السيِّدِ .

وإِنْ تَزوَّجَ السفيهُ بغيرِ إِذنِ الوليِّ ، ودَخلَ بها . . فما الذي يَلزَمُهُ ؟

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٢٧٥] : فيهِ ثلاثةُ أَقوالٍ :

أَحدُها : لا يَلزَمُهُ شيءٌ ، كما لوِ ٱشترىٰ شيئاً بغيرِ إِذنِ وليِّهِ وأَتلفَهُ .

والثاني : يَلزَمُهُ مَهرُ المِثلِ ، كمَا لو جَنىٰ علىٰ غيرِهِ .

والثالثُ : يَلزَمُهُ أَقلُّ شيءٍ يُستباحُ بهِ البُضعُ[1] ؛ لأَنَّ البُضعَ لا يُستباحُ بالإِباحةِ .

وأَمَّا البغداديُّونَ مِنْ أَصحابِنا : فقالوا : هيَ علىٰ وجهينِ :

أَحدُهما : لا يَلزَمُهُ شيءٌ .

والثاني : يَلزمُهُ مَهرُ المِثلِ .

فرعٌ : [إِذن الولي للسفيه] :

وإِنْ أَذِنَ لَهُ الوليُّ في البيعِ والشراءِ ، فباعَ أَوِ ٱشترىٰ . . فَهلْ يَصِحُّ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَصِحُّ ، كما يَصِحُّ النكاحُ إِذا أَذِنَ لَهُ فيهِ .

والثاني : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ البيعَ والشراءَ يَختلِفُ حُكمُهُ ساعةً ، فساعةً ؛ لأَنَّهُ قدْ يَزيدُ سعرُ الأَسواقِ ويَنقُصُ ، فٱفتقرَ إِلىٰ عقدِ الوليِّ ، ولأَنَّ البيعَ والشراءَ يَتضمَّنُ المالَ لا غيرَ ، وهوَ مَحجورٌ عليهِ في المالِ ، بخلافِ النكاحِ .

---

(١) قال الأزهري في « الزاهر » (ص/ ٤٠٦) : اختلف الناس في البضع : فقال قوم : هو الفرج نفسه . وقال قوم : هو الجماع نفسه . ويطلق علىٰ عقد الزواج والمهر .

فرعٌ : [حلِفُ وحجُّ المحجور عليه] :

وإنْ حَلَفَ. . ٱنعقدتْ يَمينُهُ ، فإنْ حَنثَ كفَّرَ بالصومِ ، ولا يُكفِّرُ بالمالِ ؛ لأَنَّهُ مَحجورٌ عليهِ في المالِ . وإنْ أَحرمَ بالحجِّ . . صَحَّ إِحرامُهُ ؛ لأَنَّهُ مِنْ أَهلِ التكليفِ ، فإنْ كانَ فرضاً . . لَمْ يُمنعْ مِنْ إِتمامهِ ، وأُنفِقَ عليهِ مِنْ مالِهِ ما يَحتاجُ إِليهِ ، وإِنْ كانَ تطَوُّعاً ، فإنْ كانتْ نَفقتُهُ علىٰ إِتمامهِ لا تَزيدُ علىٰ نَفقةِ الحَضَرِ . . لَمْ يَجُزْ تَحليلُهُ ، وإنْ كانتْ تَزيدُ علىٰ نفقةِ الحَضَرِ ، فإنْ كانَ لَهُ كَسبٌ ، وقالَ : أَنا أُتمِّمُ النَفقةَ بالكَسْبِ . . لَمْ يُحلَّلْ ، وإنْ لَمْ يَكنْ لَهُ كَسْبٌ . . حَلَّلَهُ الوليُّ ، ويَصيرُ كالمُحصَرِ ، فيتَحلَّلُ بالصومِ دونَ الهَدْيِ ؛ لأَنَّهُ مَحجورٌ عليهِ في المالِ .

فرعٌ : [قبول استلحاق المحجور عليه] :

وإنْ أَقرَّ بنسبٍ يَلحَقُهُ في الظاهرِ . . ثَبتَ النسبُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ لا يَتضمَّنُ إِتلافَ مالٍ ، وإنْ أَقرَّ بنسبِ مَنْ تلزَمُهُ نَفقتُهُ . . لَمْ يُنفَقْ عليهِ مِنْ مالهِ ، بَلْ يُنفَقُ عليهِ مِنْ بيتِ المالِ . وإنْ وجَبَ لَهُ القِصاصُ . . فلَهُ أَنْ يَقتصَّ ؛ لأَنَّ القَصدَ منهُ التَشفِّي ، وإنْ عَفا عنهُ علىٰ مالٍ . . كانَ لَهُ ، وإنْ عَفَا عنهُ مُطلَقاً ، أَو علىٰ غيرِ مالٍ ، فإنْ قلنا : إنَّ الواجبَ القِصاصُ لا غيرَ . . صَحَّ عَفوهُ . وإنْ قلنا : إنَّ الواجبَ أَحدُ الأَمرينِ . . لَمْ يَصِحَّ عَفوهُ عَنِ المالِ .

وإنْ أَقرَّ بجنايةِ العمدِ . . صَحَّ إِقرارُهُ ؛ لأَنَّهُ غيرُ مُتَّهمٍ في ذٰلكَ ، فإنْ أَرادَ المُقَرُّ لَهُ العفوَ علىٰ المالِ . . قالَ الطبريُّ : فإنْ قلنا : إنَّ موجَبَ العمدِ القَوَدُ . . ثَبتَ المالُ ؛ لأَنَّ الذي ثَبتَ بإِقرارِهِ هوَ القتلُ أَوِ القطعُ دونَ المالِ ، وإنْ قلنا : إنَّ مُوجَبَهُ أَحدُ الأَمرينِ . . فَهلْ يَثبتُ المالُ ؟ ٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فمنهمْ مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ ، كالعبدِ إِذا أَقرَّ بالسرقةِ . . فإِنَّهُ يُقبلُ في القَطعِ ، وهلْ يُقبلُ في المالِ ؟ فيهِ قولانِ .

ومنهمْ مَنْ قالَ : لَهُ أَخذُ المالِ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّ الواجبَ أَحدُهما لا بعينهِ ، وكلُّ واحدٍ منهُما بدَلٌ عنِ الآخرِ ، وتَعلُّقُهما بسببٍ واحدٍ ، وأَمّا السرقةُ : ففيها حُكمانِ :

أَحدُهما : القطعُ للهِ تعالىٰ . **والآخرُ** : للآدميِّ ، فجازَ ثُبوتُ أَحدِهما دونَ الآخرِ ، ولهٰذا : لو شَهِدَ رَجلٌ وٱمرأتانِ علىٰ السرقةِ . . ثبتَ المالُ دونَ القطعِ ، ولو شَهدا علىٰ القتلِ لَمْ يَثبُتْ[1] .

وإِنْ دبَّرَ السفيهُ ، أَو أَوصىٰ . . فٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فمنهمْ مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ ، كالصبيِّ .

ومنهمْ مَنْ قالَ : يَصِحُّ ، قولاً واحداً .

قالَ الطبريُّ : **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّ الصغيرَ لا حُكمَ لقولهِ ، ولا يَصِحُّ شيءٌ مِنْ إِقرارِهِ ، بخلافِ السفيهِ ، فإِنَّهُ يَصِحُّ إِقرارُهُ بالنسبِ .

فرعٌ : [الحجر علىٰ المرتد] :

المرتدُّ إِذا قلنا : إِنَّ مِلكَهُ باقٍ علىٰ حالهِ[2] . . فإِنَّهُ مَحجورٌ عليهِ فيهِ . وهلْ يَفتقِرُ إِلىٰ حَجرِ الحاكمِ ؟ فيهِ قولانِ .

فإِذا زَالتِ الرِّدَّةُ . . فإِنَّهُ لا يَنفكُّ الحَجرُ عنهُ إِلاّ بحُكمِ الحاكمِ ؛ لأَنَّهُ حَجرٌ ثَبتَ بالحاكمِ ، فلَمْ يُزَلْ مِنْ غيرِ حُكمهِ .

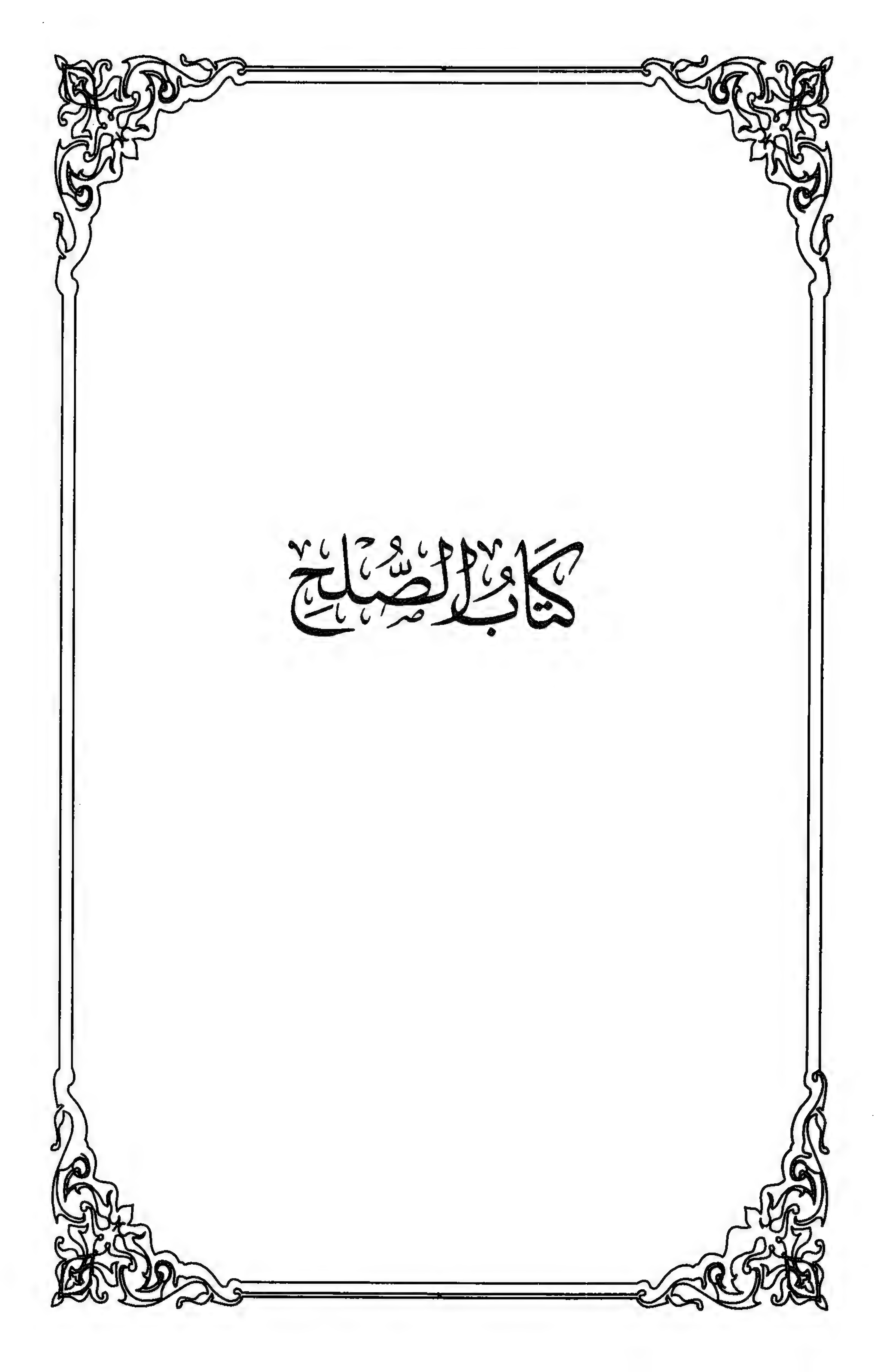
واللهُ أَعلمُ

* * *

(١) في (م) : (يُثبتاه) .

(٢) في (م) : (مالِهِ) .





كتاب الصلح

كتاب الصلح[1]

الأَصلُ في جَوازِ الصُّلحِ: الكتابُ ، والسنَّةُ ، والإِجماعُ :

أَمَّا الكتابُ : فقولُهُ تعالىٰ : ﴿ وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا ﴾ [الحجرات : ٩] . فأَمرَ اللهُ تعالىٰ بالصُّلحِ بينَ المؤمنينَ .

وقولُهُ تعالىٰ : ﴿ وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾[2] [النساء : ١٢٨] .

---

(١) الصُّلح والإصلاح والمصالحة والاصطلاح ـ لغة ـ : قطع الخصومة وإنهاء المنازعة ، مأخوذ من صلح الشيءُ ـ بفتح اللام وضمها ـ صُلوحاً : إذا كمل ، وهو خلاف الفساد ، ومنه في حديث النعمان بن بشير عند البخاري (٥٢) ، ومسلم (١٥٩٩) : « ألا وَإن في الجسد مضغةً إذا صَلُحَتْ . . صلح الجسدُ كلُّه . . . » . وقال الشاعر من بحر الطويل :

وكيف بأطرافي إذا ما شتمتني وما بعد شتم الوالدين صُلوح

والصلاح : هو الخير والصواب ، يقال : صالحته مصالحة وصِلاحاً ، والصُّلح : التوفيق ، يذكر ويؤنث ، وقد اصطلحا وتصالحا واصّالحا . وهو صالح للولاية : له أهلية القيام بها .

و ـ شرعاً ـ : عقد يصلح به الملك ، وقال الرافعي : عقد ينقطع به خصومة المتخاصمين . قال الغزالي في « الوسيط » (٤/ ٤٩) : قال بعض الأصحاب : لا يصح ولا يطلق لفظ الصلح إلا بعد تقدم خصومة .

وعقَّب العمراني ـ أعلىٰ الله درجته ، كصاحب « المهذب » ـ باب الحجر بباب الصلح ؛ لأن المحبوس يسأل الصلح بحسب الإمكان ؛ لأنه يرىٰ نفسه في أضيق مكان .

والصلح أنواع : صلح في الجراح كالعفو علىٰ مال ، وصلح بين الفئة الباغية والعادلة ، وصلح بين المتغاضبين ، وصلح بين المسلمين والكفار ، وصلح بين الإمام والبغاة ، وصلح بين الزوجين عند الشقاق ، وصلح في المعاملة لقطع الخصومة إذا وقعت المزاحمة إما في الأملاك أو في المشتركات ، كالشوارع .

(٢) في (م) : (يصَّالحا) ، وهي قراءة غير الكوفيين من العشرة . انظر « البدور الزاهرة » (ص/ ٨٥) .

وقولُهُ تعالىٰ : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾ [النساء : ٣٥] .

فدَلَّتْ هٰذهِ الآياتُ علىٰ جوازِ الصُّلحِ .

وأَمَّا السُّنَّةُ : فروىٰ أبو هريرةَ رضيَ اللهُ عنهُ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « ٱلصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ ٱلْمُسْلِمِيْنَ ، إِلاَّ صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً ، أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً »[1] .

وأَمَّا الإجماعُ : فإِنَّ الأُمَّةَ أَجمعتْ علىٰ جَوازِهِ .

إذا ثَبَتَ هٰذا : فإِنَّ الصُّلحَ فُرِّعَ علىٰ غيرِهِ ، وهوَ ينقسمُ إلىٰ خمسةِ أَقسامٍ :

[أَحدُها] : قِسمٌ هو فَرعٌ علىٰ البيعِ ، وهوَ : أَنْ يَدَّعِيَ عليهِ عَيناً في يدِهِ ، فيُقِرَّ لَهُ بِها ، فيُصالحَهُ مِنْ ذٰلكَ علىٰ عَينٍ أَو دَينٍ . فهٰذا حُكمُهُ حُكمُ ما لَوِ ٱشترىٰ منهُ عيناً بعينٍ أُخرىٰ ، أَو بدَينٍ ، فيُعتبرُ فيهِ ما يُعتبرُ في البيعِ مِنَ الرِّبا ، ويَبطُلُ بما يَبطُلُ فيهِ البيعُ مِنَ الغَررِ ، ويَثبتُ فيهِ ما يَثبُتُ في البيعِ مِنَ الخِيارِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ بيعٌ بلفظِ الصُّلحِ .

وإِنِ ٱدَّعىٰ عليهِ دَيناً في ذِمَّتِهِ ، فأَقرَّ لَهُ بهِ ، ثُمَّ صَالحَهُ منهُ علىٰ دَينٍ في ذِمَّتِهِ ، وتَفرَّقا قَبلَ القَبضِ . لَمْ يَصِحَّ الصُّلحُ فيهِ ، كما لا يَصِحُّ في بيعِ الدَّينِ بالدَّينِ . وإِنْ صَالحَهُ مِنْ دينٍ علىٰ عينٍ ، وقَبَضَ العينَ قَبلَ التَفرُّقِ . صَحَّ الصُّلحُ ، إذا كانَ الدَّينُ مِمَّا يَصِحُّ

---

(١) أخرجه من طرق عن أبي هريرة وبألفاظ متقاربة أحمد في « المسند » (٢/ ٣٦٦) ، وأبو داود (٣٥٩٤) في الأقضية ، وابن الجارود في « المنتقىٰ » (٦٣٨) في البيوع ، وابن حبان في « الإحسان » (٥٠٩١) في القضاء ، والدارقطني في « السنن » (٣/ ٢٧) في البيوع ، والحاكم في « المستدرك » (٢/ ٤٩ و ٥٠) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٦٤ ـ ٦٥) في الصلح . قال ابن كثير في « إرشادالفقيه » (٢/ ٥٤) : بإسناد حسن . وفي الباب :

عن عمرو بن عوف المزني أخرجه الترمذي (١٣٥٢) ، وابن ماجه (٢٣٥٣) في الأحكام . قال الترمذي : حسن صحيح .

وعن عمر بن الخطاب ـ في كتابه لأبي موسىٰ ـ رواه الشافعي في « الأم » (٣/ ١٩٦) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٦٥) ، وفيه : (والصلح جائز بين الناس ، إلا صلحاً أَحلَّ حراماً ، أو حرَّم حلالاً) . وسلف .

أَخذُ العِوَضِ عنهُ ، وإنِ ٱفترقا عَنِ المجلسِ قَبلَ قَبضِ العينِ[١] . . فهلْ يَصِحُّ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّهما ٱفترقا ، والعِوَضُ والمُعوَّضُ في ضَمانٍ واحدٍ ، فلَمْ يَصِحَّ ، كما لو صَالحهُ مِنْ دَينٍ علىٰ دَينٍ ، وتَفرَّقا قَبلَ القَبضِ .

والثاني : يَصِحُّ ، كما يَصِحُّ في بيعِ العينِ بالدَّينِ .

القسمُ الثاني : صُلحٌ هوَ فَرعٌ علىٰ الإجارةِ ، وهوَ : أَنْ يَدَّعي عليهِ عَيناً في يدهِ ، أَو دَيناً في ذمَّتهِ ، فيُقِرَّ لَهُ بهِ ، ثُمَّ يُصالحهُ مِنْ ذٰلكَ علىٰ سُكنىٰ دارهِ شَهراً ، أَو خِدمةِ عَبدهِ مُدَّةً مَعلومةً ، فيَصِحُّ ذٰلكَ ، ويَملِكُ المُقِرُّ ما ٱدَّعىٰ عليهِ بهِ ، ويَملِكُ المُقَرُّ لَهُ منفعةَ الدارِ أَوِ العبدِ ، كما لوِ ٱستأجرَ منهُ ذٰلكَ ، ويُشترطُ فيهِ ما يُشترطُ في الإجارةِ علىٰ ما يَأتي بيانُها في موضعِها إنْ شاءَ اللهُ تعالىٰ .

القسمُ الثالثُ : صُلحٌ هوَ فَرعٌ علىٰ الإبراءِ والحَطِيطَةِ ، وهو : أَنْ يَدَّعيَ عليهِ أَلفاً في ذِمَّتهِ ، فيقِرَّ لَهُ بها ، فيُصالحَهُ علىٰ بَعضِها .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فهٰذا يَنقسِمُ قِسمينِ :

أَحدُهما : أَنْ يقولَ الذي عليهِ الحقُّ لمَنْ لَهُ الحقُّ : أَدفعُ إِليكَ خَمسَ مِئةٍ ، بشرطِ أَنْ تُسقِطَ عنِّيَ الخَمسَ مِئةِ الأُخرىٰ . أَو يقولَ صاحبُ الحقِّ : ٱدفعْ إِليَّ خَمسَ مئةٍ ، علىٰ أَنْ أُسقطَ عنكَ الخَمسَ مِئةِ الأُخرىٰ . . فهٰذا لا يجوزُ ، فإذا فعلا ذٰلكَ . . كانَ باطِلاً ، وكانَ لصاحبِ الأَلفِ المُقَرِّ لَهُ أَنْ يُطالِبَ بالخَمسِ مِئةِ الأُخرىٰ ؛ لأَنَّهُ دفعَ إِليهِ بَعضَ حقِّهِ ، وشَرطَ شَرطاً لا يَلزَمُهُ ، فسَقطَ الشرطُ ، ووَجبَ[٢] الأَلفُ بالإقرارِ .

القسمُ الثاني : أَنْ يقولَ : أَدفعُ إِليكَ خَمسَ مِئةٍ ، وتُبرِّئُني مِنْ خَمسِ مِئةٍ . أَو يقولَ الذي لَهُ[٣] الحقُّ : ٱدفَعْ إِليَّ خمسَ مِئةٍ ، وقد أَبرأتُكَ مِنَ الخَمسِ مِئةِ الأُخرىٰ . . فإنَّ

---

(١) في (م) : (العوض) .
(٢) في (م) : (بقي) .
(٣) في (م) : (صاحب) . وفي نسخة : (للذي) .

هٰذا يجوزُ إذا لَمْ يَدخلْ فيهِ حرفُ الشرطِ ، وهوَ قولُهُ : علىٰ أَنْ تُبرِّئَني ، أَو بشرطِ أَنْ تُبرِّئَني ؛ لأَنَّهُ كانَ لَهُ حقٌّ ، فأَخذَ بَعضَهُ ، وأَبرأَ مِنَ البعضِ .

وقالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ في « المهذَّبِ » : وإِنْ صَالَحهُ مِنْ أَلفٍ علىٰ خَمسِ مِئةٍ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَصِحُّ ، كما لو باعَ أَلفاً بخَمسِ مِئةٍ .

والثاني : يَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ لمَّا عُقِدَ بلفظِ الصُّلحِ . . صارَ كأَنَّهُ قالَ : أَبرأْتُكَ مِنْ خَمسِ مِئةٍ ، وأَعطني خَمسَ مِئةٍ .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانةِ » ق/٢٧٧] : إِذا ٱدَّعىٰ عليهِ أَلفَ دِرْهَمٍ حالَّةً ، فأَقرَّ لَهُ بها ، ثُمَّ صَالحَهُ عنها ، علىٰ خَمسِ مِئةٍ مؤَجَّلةٍ . . صَحَّ الصُّلحُ ، ولا يَلزمُ الأَجلُ . وإِنِ ٱدَّعىٰ عليهِ أَلفَ درهَمٍ مؤَجَّلةٍ ، فأَقرَّ لَهُ بها ، ثُمَّ صَالحَهُ عنها علىٰ خَمسِ مِئةٍ حالَّةٍ . . لَمْ يَصِحَّ الصُّلحُ ؛ لأَنَّهُ جَعلَ الخَمسَ مِئةِ التي تَركَها عِوضاً للحلولِ ، وذٰلكَ لا يجوزُ أَخذُ العِوَضِ عليهِ .

وإِنِ ٱدَّعىٰ عليهِ أَلفَ دِرهَمٍ صِحاحاً ، فأَقرَّ لَهُ بها ، ثُمَّ صَالحَهُ علىٰ خَمسِ مِئةٍ مُكسَّرةٍ . . قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٢٧٧] : صحَّ الصُّلحُ ، ولا يَلزَمُهُ أَخذُ المُكسَّرةِ ، بَلْ يَجبُ لَهُ خَمسُ مِئةٍ صِحاحٌ ؛ لأَنَّ الصِّحَّةَ صِفةٌ ، فلا يَصِحُّ[1] الإِبراءُ منها .

ولوِ ٱدَّعىٰ عليهِ أَلفَ دِرهَمٍ مُكسَّرةٍ ، فأَقرَّ لَهُ بها ، ثُمَّ صالَحهُ عنها علىٰ خَمسِ مِئةٍ صِحاحٍ . . لَمْ يَصِحَّ الصُّلحُ ؛ لأَنَّهُ أَبرأَ مِنْ خَمسِ مِئةٍ ، بشرطِ حُصولِ الصِّحَّةِ في الباقي ، ولا تجوزُ المُعاوضةُ علىٰ الصفةِ .

القسمُ الرابعُ : صُلحٌ هوَ فرعٌ علىٰ الهبةِ ، وهوَ : أَنْ يَدَّعيَ عليهِ داراً ، فيُقِرَّ لَهُ بها ، فقالَ المُقِرُّ : أَدفعُ إِليكَ نِصفَها ، علىٰ أَنْ تَهبَني نِصفَها ، أَو قالَ المُقَرُّ لهُ : ٱدفعْ إِليَّ نِصفَها علىٰ أَنْ أَهبَكَ النِّصفَ الآخرَ . . فهٰذا الصُّلحُ باطلٌ ؛ لِمَا ذَكرناهُ في الإِبراءِ . وإِنْ

---

(١) في (م) : (يصلح) .

قالَ المُقَرُّ لَهُ : ٱدفعْ إِليَّ نِصفَها ، ووهبتُكَ النِّصفَ الآخرَ . . صَحَّتِ الهبةُ ؛ لأَنَّها هِبةٌ مُجرَّدةٌ غيرُ مُعلَّقةٍ علىٰ شرطٍ ، وإِنْ كانَ بلفظِ الصُّلحِ ، بأَنْ قالَ المُقِرُّ للمُقَرِّ لَهُ : صالِحْني مِنْ هٰذهِ الدارِ بنِصفِها . . فذكرَ في « المهذَّبِ » : أَنَّها علىٰ وجهينِ :

أَحدُهما : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ باعَ مالَهُ بمالهِ .

والثاني ـ ولَمْ يَذكرِ ٱبنُ الصبَّاغِ غيرَهُ ـ : أَنَّهُ يَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ لمَّا عُقِدَ بلفظِ الصُّلحِ . . صارَ كما لو قالَ : ٱدفع إِليَّ نِصفَها ، ووهبتُكَ النِّصفَ الثاني .

القسمُ الخامسُ : صُلحٌ هوَ فرعٌ علىٰ العاريَّةِ ، بأَنْ يَدَّعيَ عليهِ داراً في يدهِ ، فأَقرَّ لَهُ بها ، ثُمَّ قالَ المُقَرُّ لَهُ للمُقِرِّ : صالِحْني عَنْ هٰذهِ الدارِ بسُكناها سَنةً ، فقالَ المُقِرُّ : صَالحتُكَ . . صحَّ الصُّلحُ ، ويكونُ كأَنَّ المُقَرَّ لَهُ أَعارَ المُقِرَّ أَنْ يَسكنَها سَنةً .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٢٧٨] : وللمُقَرِّ لَهُ أَنْ يَرجِعَ في عاريَّتِهِ . وذَكَرَ في « المهذَّبِ » : أَنَّها علىٰ وجهينِ :

أَحدُهما : هٰذا .

والثاني : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ ٱبتاعَ دارَهُ بمنفعتِها .

مسأَلةٌ : [الصلح عن الموروث] :

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (فإِنْ صَالحَ رَجلٌ أَخاهُ عن مَوروثهِ ، فإِنْ عَرَفا ما صَالحَهُ عليهِ بشيءٍ يجوزُ في البيعِ . . جازَ) . وهٰذا كما قالَ : إِذا وَرِثَ الرجُلانِ مِنْ أَبيهما ، أَو أَخيهما مالاً ، فصَالحَ أَحدُهما الآخَرَ عَنْ نَصيبهِ ، فإِنَّ هٰذا فَرعٌ للبيعِ ، فإِذا شاهدا التركةَ ، وعَرَفا العِوَضَ . . صَحَّ الصُّلحُ ، كما لوِ ٱشتراهُ بلفظِ الشراءِ .

فرعٌ : [المصالحة علىٰ غير جنس] :

وإِنْ صَالَحهُ عنِ الدراهمِ علىٰ دنانيرَ ، أَو عَنِ الدنانيرِ علىٰ دَراهمَ . . فإِنَّ ذٰلكَ صَرْفٌ ، ويُشترطُ فيهِ قَبْضُ العِوَضِ في المجلسِ ، كما قلنا في (الصرفِ) .

فرعٌ : [المصالحة عما أتلفه] :

إذا أَتلفَ عليهِ ثوباً ، أَو حَيَواناً قيمتُهُ دينارٌ ، فأَقرَّ لَهُ بهِ ، ثُمَّ صَالحَهُ مِنْ ذٰلكَ علىٰ أَكثرَ منهُ . . لَمْ يَصِحَّ الصُّلحُ . وقالَ أَبو حنيفةَ : (يَصِحُّ الصُّلحُ) .

دليلُنا : أَنَّ الواجبَ في ذِمَّتهِ قيمةُ المُتلَفِ ، فلَمْ يَصِحَّ الصُّلحُ علىٰ أَكثرَ منهُ ، كما لو غَصَبَ منهُ ديناراً ، ثُمَّ صَالحَهُ علىٰ أَكثرَ منهُ .

وإِنْ صَالحَهُ عَنْ قيمةِ الحَيَوانِ بعِوَضٍ ، وجَعلَهُ مؤجَّلاً . . لَمْ يَتأَجَّلِ العِوَضُ ، ولَمْ يَصِحَّ الصُّلحُ . وقالَ أَبو حنيفةَ : (يَصِحُّ) .

دليلُنا : أَنَّ الواجبَ هوَ دينٌ حالٌّ في ذِمَّتهِ ، فإِذا كانَ العِوَضُ عنهُ مؤجَّلاً . . كانَ بيعَ الدَّينِ بالدَّينِ ، وذٰلكَ لا يجوزُ .

وإِنِ ٱدَّعىٰ عليهِ مالاً مجهولاً ، فأَقرَّ لَهُ بهِ ، وصَالحَهُ عليهِ بعِوَضٍ . . لَمْ يَصِحَّ الصُّلحُ . وقالَ أَبو حنيفةَ رحمَهُ اللهُ : (يَصِحُّ) .

دليلُنا : أَنَّ ذٰلكَ مُعاوضةٌ ، ولهٰذا يَثبتُ بالشِّقصِ فيهِ الشُّفعةُ ، فلَمْ يَصِحَّ في المجهولِ ، كالبيعِ .

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (فإِذا ٱدَّعىٰ رَجلٌ علىٰ رَجلٍ شيئاً مُجْملاً ، فأَقرَّ لَهُ بهِ ، ثُمَّ صَالحَهُ عنهُ علىٰ شيءٍ . . صَحَّ الصُّلحُ) .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : أَرادَ إِذا كانَ المعقودُ عليهِ مَعلوماً فيما بينَ المُتعاقدَينِ . . صَحَّ وإِنْ لَمْ يُسمِّياهُ ، كما إِذا قالَ : بِعْتُ منكَ الشيَ الذي أَعرفهُ أَنا وأَنتَ بكذا وكذا ، فقالَ : ٱبتعتُ . . فإِنَّهُ يَصِحُّ .

مسأَلةٌ : [الصلح علىٰ ما كان أنكره] :

وإِنِ ٱدَّعىٰ عليهِ عَيناً في يدهِ ، أَو دَيناً في ذمَّتهِ ، فأَنكرهُ المُدَّعىٰ عليهِ ، ثُمَّ صَالحَهُ علىٰ عينٍ ، أَو دينٍ في ذِمَّتهِ . . لَمْ يَصِحَّ الصُّلحُ **بلا خلافٍ علىٰ المذهبِ** ؛ لأَنَّهُ ٱبتاعَ مِلكَهُ .

وإنِ ٱدَّعىٰ عليهِ أَلفَ دِرهمٍ في ذِمَّتهِ ، فأَنكرهُ ، ثُمَّ صَالحَهُ علىٰ خَمسِ مِئةٍ منها ، وقلنا : يَصِحُّ صُلحُ الحَطِيطَةِ . . فهلْ يَصِحُّ هٰذا الصُّلحُ ؟ فيهِ وجهانِ ، حَكاهُما في « الإبانةِ » [ق/٢٧٨] :

أَحدُهما : لا يَصِحُّ الصُّلحُ ؛ لأَنَّهُ صُلحٌ علىٰ الإنكارِ ، فلَمْ يَصِحَّ ، كما لوِ ٱدَّعىٰ عليهِ عَيناً في يدهِ ، فأَنكرهُ .

والثاني : يَصِحُّ ، والفرقُ بينَهما : أَنَّ في صُلحِ المُعاوضةِ نَحتاجُ إِلىٰ ثُبوتِ العِوَضينِ برِضا المُتعاقدَينِ ، وليسَ العينُ المُدَّعىٰ بها ثَابتةً للمُدَّعي حتَّىٰ يأَخذَ عليها عِوَضاً ، وهاهُنا هو إِبراءٌ ، فلا يَحتاجُ إِلىٰ رِضا صَاحبهِ . **هٰذا مذهبنا** . وإِنَّ الصُّلحَ علىٰ الإِنكارِ لا يَصِحُّ .

وقالَ الثوريُّ ، وأَبو حنيفةَ وأَصحابُهُ رحمهمُ اللهُ : (يَصِحُّ الصُّلحُ علىٰ الإِنكارِ) .

وقالَ ٱبنُ أَبي ليلىٰ : إِنْ أَنكرَهُ . . لَمْ يَصِحَّ الصُّلحُ ، وإِنْ سكتَ . . صحَّ الصُّلحُ .

دليلُنا : قولُهُ تعالىٰ : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾ [البقرة : ١٨٨] . والصُّلحُ علىٰ الإِنكارِ مِنْ أَكلِ المالِ بالباطلِ ؛ لأَنَّ مَنِ ٱدَّعىٰ علىٰ غيرهِ دَاراً في يدهِ ، وأَنكرَ ذٰلكَ المُدَّعىٰ عليهِ ، ثُمَّ صَالحَهُ عنها بعِوَضٍ . . فقدِ ٱبتاعَ مالَهُ بمالهِ ، وهٰذا لا يجوزُ .

ورُويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ لبلالِ بنِ الحارثِ : « يا بلالُ ، ٱعلَمْ أَنَّ الصُّلْحَ جَائِزٌ بَيْنَ ٱلْمُسْلِمِيْنَ إِلاَّ صُلْحاً حَرَّمَ حَلالاً ، أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً »(١) . وهٰذا المُدَّعي لا يَخلو : إِمَّا أَنْ يكونَ كاذباً ، أَو صادقاً ، فإِنْ كانَ كاذباً . . فهٰذا الصُّلحُ الذي يُصالِحُ بهِ يُحِلُّ لَهُ ما هوَ حرامٌ عليهِ ، وإِنْ كانَ صادقاً . . فإِنَّهُ يَستحِقُّ جميعَ ما يَدَّعيهِ ، فإِذا أَخذَ بَعضَهُ بالصُّلحِ . . فالصُّلحُ يُحرِّمُ عليهِ الباقيَ الذي كانَ حلالاً لَهُ ، فوجبَ أَنْ لاَ يجوزَ . هٰكذا ذَكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ ؛ لأَنَّ البيعَ لا يجوزُ معَ الإِنكارِ ، وهوَ أَنْ يَدَّعيَ عَيناً في يدِ غيرهِ ، فيُنكرَهُ ، فيَبيعَها مِنْ غيرهِ . . فإِنَّ البيعَ لا يَصِحُّ ، فكذٰلكَ الصُّلحُ .

---

(١) لم أجده بسياق المصنف ، ويدل عليه ما سلف قريباً : عن أبي هريرة ، وعمر ، وعمرو بن عوف المزني .

إذا ثبتَ هٰذا : فٱدَّعىٰ علىٰ رَجلٍ أَلفاً في ذِمَّتهِ ، فأنكرهُ عنها ، ثُمَّ إِنَّ المُدَّعيَ أَبرأَهُ منها . . صَحَّتِ البَراءةُ ، وهَلْ يُشترطُ في صِحَّةِ البراءةِ القَبولُ ؟ علىٰ وجهينِ يأتي ذكرهُما فيما بعدُ إنْ شاءَ اللهُ تعالىٰ ، وإنَّما صَحَّتِ البَراءةُ علىٰ الإنكارِ ؛ لأَنَّها ليستْ بمُعاوضةٍ .

وإنِ ٱدَّعىٰ عليهِ أَلفاً في ذِمَّتهِ ، فأنكرهُ عنها ، ثُمَّ صَالَحَهُ علىٰ بَعضِها ، وقَبَضَ ذٰلكَ ، وأَبرأَهُ عَنِ الحقِّ الذي عليهِ . . قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (فالصُّلحُ بَاطلٌ ، والإبراءُ لا يَلزَمُ) . فأمَّا الصُّلحُ : فيبطُلُ ؛ لأَنَّهُ صُلحٌ علىٰ إنكارٍ ، وعلىٰ المُصالِحِ ردُّ ما أَخذَهُ ، وأمَّا البَراءةُ : فلا تلزَمُهُ ؛ لأَنَّهُ إنَّما أبرأَهُ بَراءةَ قَبضٍ وٱستيفاءٍ ، وهوَ أَنْ يَسلمَ لَهُ ما أَخذَهُ ، فإذا لَمْ يَسلَمْ لَهُ ذٰلكَ . . لَمْ تَلزَمْهُ البَراءَةُ ، هٰذا إذا لَمْ يَعلَم المُدَّعي بفسادِ الصلحِ ، فأمَّا إذا عَلِمَ بفسادِ الصلْحِ ، فأَبرأَ . . صَحَّتْ بَراءتُهُ) . وهٰذا كما نقولُ في رَجلٍ : ٱشترىٰ عبداً شراءً فاسداً ، فقالَ البائعُ للمشتري : أعتقْ هٰذا العبدَ ، ولَمْ يَعلَمِ البائعُ بفسادِ البيعِ ، فأَعتقَهُ . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : لَمْ يَصِحَّ العِتْقُ ؛ لأَنَّ البائعَ لَمْ يأمرْهُ بإعتاقهِ عَنْ نفسهِ ، وإنَّما أَمرهُ أَنْ يَعتِقَهُ بظنِّ أَنَّهُ قَدْ مَلَكهُ بالشراءِ ، وإنْ عَلِمَ البائعُ بفسادِ البيعِ ، فأَمرَ المشتري بإعتاقهِ ، فأَعتقَهُ . . صَحَّ العِتْقُ .

وإنِ ٱدَّعىٰ عليهِ أَلفاً في ذِمَّتهِ ، فأَقرَّ لَهُ بها ، فصالحَهُ عنها صُلحَ حَطِيطَةٍ[1] ، وأَبرأَهُ علىٰ خَمسِ مِئةٍ ، فإنْ قَبَضَ منها خَمسَ مِئةٍ ، وأَبرأَهُ عَنِ الباقي ، ثُمَّ خَرجتِ الخَمسُ مِئةِ التي قَبَضَها مستَحَقَّةً . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فإنَّهُ يَرجِعُ عليهِ بالخَمسِ مِئةِ التي أَخذَها ، والإبراءُ صحيحٌ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يُبرِئْهُ ليسلَمَ لَهُ ما قَبَضَ ، بَلْ أَبرأَهُ عَنْ حقٍّ هوَ مقِرٌّ لَهُ بهِ ، والإبراءُ صادفَ حقَّهُ المُقرَّ بهِ ، فنفَذَ ذٰلكَ ، ولَمْ يَتعلَّقْ بسلامةِ ما قَبَضَهُ ، وعدمِ سلامتهِ .

فرعٌ : [صالحه علىٰ عوض بدلاً عن عين ثم اختلفا] :

إذا ٱدَّعىٰ عليهِ عَيناً ، فصَالحَهُ منها علىٰ عِوَضٍ ، ثُمَّ ٱختلفا ، فقالَ المدَّعي : إنَّما صَالحتُ منها علىٰ الإنكارِ ، فالصلحُ بَاطلٌ ، وليَ الرجوعُ إلىٰ أَصلِ الخُصومةِ ، وقالَ

---

(١) **الحطيطة** ـ فعيلة بمعنىٰ : مفعولة ـ : إسقاط ونقصٌ من الدَّين والسعر .

المدَّعىٰ عليهِ : لا ، بَلْ كنتُ أقررتُ لكَ بها أوّلاً ، ثُمَّ أنكرتُ ، ثُمَّ صَالحتُ منها . . قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : فالقولُ قولُ المدَّعي ؛ لأنَّ الأصلَ هوَ الصلحُ علىٰ الإنكارِ الذي قَدْ عُرِفَ إلىٰ أَنْ تقومَ البيِّنَةُ بإقرارهِ بها قبلَ ذٰلكَ .

فرعٌ : [صحّة التوكيل في الصُّلح] :

وإنِ ٱدَّعىٰ رَجلٌ علىٰ رَجلٍ حَقّاً ، فأنكرَ ، فجاءَ أجنبيٌّ إلىٰ المدَّعي ، وقالَ : أنتَ صادقٌ في دَعواكَ ، فصالِحْني عليهِ . . فلا يَخلو : إمَّا أَنْ يكونَ المدَّعىٰ ديناً ، أَو عَيناً :

فإنْ كانَ المدَّعىٰ دَيناً . . نَظرتَ :

فإنْ صَالحهُ عَنِ المدَّعىٰ عليهِ . . صَحَّ الصُّلحُ ؛ لأنَّهُ إنْ كانَ أَذِنَ لَهُ في ذٰلكَ ، فهوَ وكيلُهُ ، والتوكيلُ في الصلحِ جائزٌ ، وإنْ لَمْ يُوكِّلْهُ . . فقدْ قَضىٰ عَنْ غيرهِ دَيناً ، ويجوزُ للإنسانِ أَنْ يَقضيَ عَنِ الغيرِ دَينَهُ بغيرِ إذنهِ ، فإذا أخذَ المدَّعي المالَ . . مَلَكهُ ، وٱنقَطعتْ دَعواهُ . وهلْ للأجنبيِّ أَنْ يَرجِعَ علىٰ المدَّعىٰ عليهِ بما دَفعَ ؟ يُنظرُ فيهِ :

فإنْ صَالحَ عنهُ بإذنهِ ، ودفَعَ بإذنهِ . . رَجَعَ عليهِ .

وإنْ صالحَ بغيرِ إذنهِ[1] ، ودَفعَ بغيرِ إذنهِ ، أَو صَالحَ بإذنهِ ، ودَفعَ بغيرِ إذنهِ . . لَمْ يَرجِعْ عليهِ بشيءٍ ؛ لأنَّهُ مُتطوِّعٌ بالدفعِ .

وإنْ صَالحَ الأجنبيَّ ليكونَ الدَّينُ لَهُ . . فإنَّ الشيخَ أبا إسحاقَ قالَ : هَلْ يَصِحُّ الصلحُ ؟ فيهِ وجهانِ ، بناءً علىٰ جوازِ بيعِ الدَّينِ مِنْ غَيرِ مَنْ هوَ عليهِ . وقالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : لا يَصِحُّ ، وجهاً واحداً . وإليهِ أشارَ الشيخُ أبو حامدٍ ؛ لأنَّ الوجهينِ في بيعِ الدَّينِ معَ الإقرارِ ، فأمَّا معَ الإنكارِ : فلا يَصِحُّ ، وجْهاً واحداً ، كبيعِ العَينِ المغصوبةِ ممَّنْ لا يَقدِرُ علىٰ قَبضِها .

وإنْ كانَ المدَّعىٰ عَيناً ، فإنْ صالحَ عَنِ المدَّعىٰ عليهِ ، بأَنْ يقولَ للمدَّعي : المدَّعىٰ عليهِ مُقِرٌّ لكَ بِها في الباطنِ ، وقد وكَّلَني في مصالحتِكَ ، فصالَحهُ عنهُ . . صَحَّ

(١) في نسخة : (عنه بإذنه) .

الصُّلحُ ؛ لأنَّ الاعتبارَ بالمتعاقِدَينِ ، وقدِ ٱتَّفقا علىٰ ما يجوزُ العقدُ عليهِ ، فإذا صالَحهُ . . مَلَكَ المدَّعي ما يأخذُهُ ، وٱنقطعَ حقُّهُ مِنَ العينِ ، وهَلْ يَملِكُ المدَّعىٰ عليهِ العينَ المدَّعىٰ بها ؟ يُنظرُ فيهِ :

فإنْ كانَ قدْ وكَّلَ الأَجنبيَّ . . مَلَكَ العينَ ، وإنْ كانَ الأَجنبيُّ قدْ دفعَ العِوَضَ مِنْ مالِ نفسهِ بإذنِ المدَّعىٰ عليهِ . . رَجَعَ عليهِ ، وإنْ دَفعَ بغيرِ إذنهِ . . لَمْ يَرجع عليهِ ؛ لأنَّهُ مُتطوِّعٌ ؛ لأنَّهُ إنَّما أَذِنَ لَهُ في العقدِ دونَ الدفعِ .

وإنْ كانَ المدَّعىٰ عليهِ لَمْ يُوكِّلِ الأَجنبيَّ في الصلحِ . . فَهلْ يَملِكُ العينَ ؟ فيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما]ـ المنصوصُ ـ : (أَنَّهُ لا يَملِكُها) .

و**[الثاني]** : حكىٰ أَبو عليٍّ في « الإفصاحِ » : أَنَّهُ يَملِكُها ، كما قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (إذا ٱشترىٰ رَجلٌ أَرضاً وبَناها مسجداً ، وجاءَ رَجلٌ ، فٱدَّعاها ، فإنْ صدَّقهُ . . لَزِمَهُ قيمتُها ، وإنْ كذَّبهُ ، فجاءَ رَجلٌ مِنْ جيرانِ المسجدِ ، فصالَحهُ . . صَحَّ الصلحُ ؛ لأَنَّهُ بَذلَ مالاً علىٰ وجهِ البرِّ) . وهٰذا ليسَ بصحيحٍ ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ أَنْ يُملِّكَ غيرَهُ بغيرِ ولايةٍ ، ولا وَكالةٍ .

فعلىٰ هٰذا : يكونُ الصلحُ بَاطلاً في الباطنِ ، صحيحاً في الظاهرِ .

وأَمَّا المسأَلةُ المذكورةُ في المسجدِ : فلا تشبهُ هٰذهِ ؛ لأَنَّ الواجبَ علىٰ المدَّعىٰ عليهِ القيمةُ ؛ لأَنَّهُ قدْ وقفَها ، ويجوزُ الصُّلحُ عمَّا في ذِمَّةِ غيرهِ بغيرِ إذنهِ .

وإنْ قالَ الأَجنبيُّ للمدَّعي : المدَّعىٰ عليهِ مُنكِرٌ ذٰلكَ ، ولٰكنْ صالِحْني عمَّا[1] ٱدَّعيتَ لتكونَ العينُ لَهُ . . فهلْ يَصِحُّ الصلحُ ؟ قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٢٧٨] : فيهِ وجهانِ[2] .

---

(١) في (م) : (علىٰ ما) .

(٢) قال الفوراني في « الإبانة » : **الصحيح** : أنه لا يصح ، كما لو صالح المدعىٰ عليه مع الإنكار . **والثاني** : يصح ؛ لأنَّ المتعاقدينَ تقارّا على أنه للمدَّعي .

وأَمَّا إِذا قالَ الأَجنبيُّ : أَنتَ صادقٌ في دَعواكَ ، فصالِحْني لتكونَ هٰذهِ العينُ لي ، فإِنِّي قادرٌ علىٰ ٱنتزاعِها منهُ . . فيَصِحُ الصلحُ ، كما يَصِحُ أَنْ يَبتاعَ شيئاً في يدِ غاصبٍ ، فإِنْ قَدَرَ الأَجنبيُّ علىٰ ٱنتزاعِها منهُ . . ٱستقرَّ الصلحُ ، وإِنْ لَمْ يَقدِر علىٰ ٱنتزاعِها . . كانَ لَهُ الخِيارُ في فَسخِ الصلحِ ، كمنِ ٱبتاعَ عَيناً في يدِ غاصبٍ ولَمْ يَقدِر علىٰ ٱنتزاعِها .

إذا ثبتَ هٰذا : فإِنْ كانَ المدَّعىٰ عليهِ قدْ وكَّلَ الأَجنبيَّ في أَنْ يُصالِحَ عنهُ . . فهلْ يَصِحُ هٰذا التوكيلُ وهٰذا الصلحُ فيما بَينَهُ وبينَ اللهِ تعالىٰ ؟ ٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فقالَ أَبو العبَّاسِ : لا يجوزُ لَهُ الإِنكارُ ؛ لأَنَّهُ كاذبٌ ، إِلاَّ أَنَّهُ يجوزُ لَهُ بعدَ ذٰلكَ أَنْ يُوكِّلَ ليصالحَ عنهُ علىٰ ما ذَكرناهُ .

وقالَ أَبو إِسحاقَ : لا يجوزُ لَهُ ذٰلكَ ، بَلْ يَلزَمُهُ الإِقرارُ بهِ لصاحبهِ ، ولا يجوزُ لَهُ الوَكالةُ للمصالحةِ عنهُ إِذا غَصَبَ العينَ ، أَوِ ٱشتراها مِنْ غاصبٍ وهوَ يَعلمُ ذٰلكَ .

فأَمَّا إِذا ماتَ أَبواهُ ، أَو مَنْ يَرِثُهُ ، وخلَّفَ هٰذهِ العينَ لَهُ ، فجاءَ رَجلٌ ، فٱدَّعاها ، وأَنكرَهُ ، ولا يَعلمُ صِدْقَهُ ، وخافَ مِنَ اليمينِ ، وخافَ إِنْ أَقرَّ بها للمدَّعي أَنْ يأخذَها . . فيجوزُ لَهُ أَنْ يُوكِّلَ الأَجنبيَّ في الصلحِ علىٰ ما بيَّنَّاهُ ؛ لتزولَ عنهُ الشُّبهةُ .

فرعٌ : [تردُّ العين المصالَحُ عليها إذا كانت معيبة] :

إِذا صالَحَ الأَجنبيُّ عَنِ المدَّعىٰ عليهِ بعِوَضٍ بعينهِ ، فوجَدَ المدَّعي بالعِوَضِ الذي قَبضَهُ مِنَ الأَجنبيِّ عَيباً . . كانَ لَهُ ردُّهُ بالعيبِ ، ولا يَرجِعُ ببدَلهِ عليهِ ، ولٰكنْ يَنفسِخُ عقدُ الصلحِ ، ويَرجِعُ إِلىٰ خُصومةِ المدَّعىٰ عليهِ ، وكذٰلكَ إِذا خَرجَ العِوَضُ مُستَحَقّاً ، كما لو ٱبتاعَ مِنْ رَجلٍ عَيناً ، فوجَدَ فيها عَيباً ، فردَّها ، أَو خَرجتْ مستَحَقَّةً . . فإِنَّهُ لا[1] يُطالبُهُ ببدَلِها . وإِنْ صالحهُ علىٰ دَراهمَ ، أَو دنانيرَ في ذِمَّتهِ ، ثُمَّ سَلَّمَ إِليهِ دَراهمَ ، أَو دنانيرَ ، فوجَدَ بها عَيباً ، فردَّها ، أَو خَرجتْ مستَحَقَّةً . . فلَهُ أَنْ يُطالبَهُ ببدَلِها ، كما قلنا في البيعِ .

---

(١) في (م) : (ليس له أن) .

فرعٌ : [إقرار المدعىٰ عليه ليس صلحاً] :

وإنِ ٱدَّعىٰ عَيناً في يدِ رَجلٍ ، فأنكرَها المدَّعىٰ عليهِ ، فقالَ المدَّعي : أُعطيكَ ألفَ درهم ، وأَقِرَّ لي بها ، ففعلَ . . لَمْ يَكنْ صُلحاً ، ولَمْ تلزمِ الألفُ ، وبَذْلُهُ حَرامٌ ، وأَخذُهُ حَرامٌ ، وهلْ يكونُ إقراراً ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الطبريُّ في « العُدَّةِ » .

مسألةٌ : [احتمالُ الصلحِ المعاوضةَ وقطعَ الخصومة يكون إقراراً] :

إذا ٱدَّعىٰ رَجلٌ علىٰ رَجلٍ دَيناً في ذِمَّتهِ ، أَو عَيناً في يدهِ ، فأنكرهُ المدَّعىٰ عليهِ ، ثُمَّ قالَ : صالِحْني عَنْ ذٰلكَ بعِوَضٍ . . لَمْ يَكنْ ذٰلكَ إقراراً مِنَ المدَّعىٰ عليهِ ؛ لأنَّ الصلحَ قدْ يُرادُ بهِ المُعاوضةُ ، وقد يرادُ قطعُ الخُصومةِ والدعوىٰ ، فإذا ٱحتملَهما . . لَمْ نَجعلْهُ إقراراً . وإنْ قالَ المدَّعىٰ عليهِ للمدَّعي : بعني هٰذهِ العينَ ، أَو مَلِّكني إيَّاها . . فحكىٰ الشيخُ أَبو إسحاقَ ، وٱبنُ الصبَّاغِ في ذٰلكَ وجهينِ :

أَحدُهما ـ وهوَ قولُ الشيخِ أَبي حامدٍ ـ : أَنَّهُ لا يكونُ إقراراً ؛ لأنَّ الصلحَ والبيعَ بمعنىً واحدٍ ، فإذا لَمْ يَكنْ قولُهُ : صالِحْني ، إقراراً . . فكذٰلكَ قولُهُ : بعني .

والثاني : يكونُ إقراراً . وهوَ قولُ القاضي أَبي الطيِّبِ ، ولَمْ يَذكرِ الشيخُ أَبو حامدٍ في « التعليقِ » غيرَهُ ، وهوَ قولُ أَبي حنيفةَ رحمَهُ اللهُ ؛ لأنَّ قولَهُ : بِعني وَمَلِّكني ، يَتضمَّنُ الإقرارَ لَهُ بالمِلْكِ .

مسألةٌ : [جواز اتخاذ الروشن] :

إذا أَخرجَ جَناحاً[1] أَو رَوشَناً[2] إلىٰ شارعٍ نافذٍ . . نَظرتَ : فإنْ كانَ لا يَضرُّ بالمسلمينَ . . جازَ ، ولا يُمنعُ مِنْ ذٰلكَ ، وبهِ قالَ مالكٌ ، والأَوزاعيُّ ، وأَحمدُ ، وإسحاقُ ، وأَبو يُوسفَ ، ومحمَّدٌ رحمةُ اللهِ عليهِم .

---

(١) **الجَناح** : الجانب ، والمراد : ما يمتد زيادة من سقف الدار عن حدِّ الجدار نحوَ الشارع أَو إلىٰ ما لا يحلُّ له من هواء مُشاع .

(٢) **الروشن** : الشرفة ، ويقال لها : برندا ، ومثلها الساباط ، وسيأتي بيانه .

وقالَ أَبو حنيفةَ رحمَهُ اللهُ : (لَهُ إخراجُهُ إلاَّ أَنْ يَمنعَهُ المسلمونَ أَو واحدٌ منهمْ ، فإذا منعَهُ رَجلٌ مِنَ المسلمينَ . . لَمْ يَجُزْ لَهُ إخراجُهُ ، فإنْ أَخرجَهُ . . قُلِعَ) .

دليلُنا : ما رُوِيَ : (أَنَّ عُمَرَ رضيَ اللهُ عنهُ مرَّ بميزابٍ للعبَّاسِ بنِ عبدِ المطَّلبِ رضيَ اللهُ عنهُ ، فقَطَرَ عليهِ ، فأَمرَ بقلعهِ ، فَخَرجَ إليهِ العبَّاسُ رضيَ اللهُ عنهُ ، فقالَ لَهُ : قَلعتَ مِيزاباً رَكَّبهُ رسولُ اللهِ بيدهِ ، فقالَ عُمرُ : واللهِ لا يَصعدُ مَنْ يَنصِبُهُ إلاَّ علىٰ ظَهري ، فصعدَ العبَّاسُ علىٰ ظَهرهِ ونَصبَهُ)(١) .

فإذا ثَبتَ هٰذا في الميزابِ . . ثَبتَ في الرَّوشنِ مثلُهُ ؛ لأَنَّ المِيزابَ خَشَبةٌ واحدةٌ ، والرَّوشَنَ خُشُبٌ ، ولا فرقَ بينَ الجميعِ ، ولأَنَّ الناسَ يُخرِجونَ الرَّواشِنَ مِنْ لَدُنْ رسولِ اللهِ ﷺ إلىٰ يَومِنا هٰذا مِنْ غيرِ إنكارٍ ، فدلَّ علىٰ أَنَّهُ إجماعٌ ، ولأَنَّهُ ٱرتفاقٌ بما لَمْ يَتعيَّنْ عليهِ مِلكُ أَحدٍ مِنْ غيرِ إضرارٍ ، فجازَ كما لو مشىٰ في الطريقِ .

إذا ثبتَ هٰذا : وأَخرجَ جَناحاً أَو رَوشَناً في شارعٍ نافذٍ . . فإنَّهُ لا يَملِكُ ذٰلكَ المكانَ ، وإنَّما يكونُ أَحقَّ بهِ ؛ لسَبْقهِ إليهِ ، فإنِ ٱنهدمَ رَوشَنهُ أَو هدَمَهُ ، فبادرَهُ مَنْ يحاذِيهُ ، فمدَّ خَشَبَةً تمنعُهُ مِنْ إعادةِ الأَوَّلِ . . لَمْ يَكنْ للأَوَّلِ منعُهُ مِنْ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ الأَوَّلَ

(١) أخرج خبر عمر مع العباس من طرق البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٦٦ و ٦٧) في الصلح ، باب : نصب الميزاب وإشراع الجناح . قال عنها الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٥١) : من أوجهٍ ضعيفة أو منقطعة . ولفظ أحدها : (والله ما وضعه حيث كان إلا رسول الله ﷺ بيده) ، وأورده الحاكم في « المستدرك » ، وفي إسناده عبد الرحمن بن زيد بن أسلم ، وهو ضعيف ، وذكر ابن أبي حاتم : أنه سأل أباه عنه ، فقال : هو خطأ .

قال ابن التركماني في « الجوهر النقي » ـ في « الخلاصة الغزالية » : لو أَشرع جناحاً علىٰ شارع نافذ ولم يضرَّ بالمجتازين ترك ـ : وهٰذا الأثر يخالف هٰذا ؛ لأن عمر أمر بالقلع ، ولو كان حقاً لصاحب الدار لم يأمر به ، فلما أخبره العباس : أنه ﷺ نصبه . . ردَّه ؛ لأن الإمام له أن يأذن في ذلك ، ويقوم إذنه مقام جميع المسلمين . من « التجريد » للقدوري .

الميزاب : المِزراب ، وهو أنبوبة من قصدير أو حديد ونحوه ، تركب في جانب البيت من أعلاه ؛ لينصرف منها ماء المطر المتجمع فوق السقف .

يستفاد منه : أنَّ من حقِّ الطريق أن ترفع الشرفات ؛ ليمكن عبور الحافلات ذات الارتفاع من غير ضرر ولا إضرار .

كانَ أَحقَّ بهِ ؛ لسَبْقِهِ إليهِ ، فإذا زَالَ رَوشَنُهُ . . سَقَطَ حقُّهُ ، وكانَ لمَنْ سَبَقَ إليهِ ، كما نقولُ في المرورِ في الطريقِ ، وإِنْ أَخرجَ مَنْ يجاذبُهُ رَوشَناً تحتَ رَوشَنِ الأَوَّلِ . . جازَ ، ولَمْ يَكنْ للأَوَّلِ منعُهُ مِنْ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ لا ضررَ عليهِ في ذٰلكَ . وإِنْ أَرادَ الثاني أَنْ يُخرِجَ رَوشَناً فوقَ رَوشَنِ الأَوَّلِ . . قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : فإِنْ كانَ الثاني عَالياً لا يَضرُّ بالمارِّ فوقَ رَوشَنِ الأَوَّلِ . . جازَ ، وإِنْ كانَ يَضرُّ بالمارِّ فوقَ رَوشَنِ الأَوَّلِ . . مُنِعَ مِنْ ذٰلكَ ، كما لو أَخرجَ رَوشَناً يَضرُّ بالمارَّةِ في الشارعِ ، فإِنَّهُ يُمنعُ مِنْ ذٰلك .

فرعٌ : [حرمة الصلح علىٰ إشراع الروشن] :

فإِنْ صَالحهُ الإمامُ ، أَو أَحدٌ مِنَ المسلمينَ علىٰ هٰذا الجَناحِ الذي لا يَضُرُّ بعِوَضٍ . . لَمْ يَصِحَّ الصلحُ ؛ لأَنَّ الهواءَ تَابعٌ للقَرارِ ، فلا يجوزُ أَنْ يُفرَدَ بالعقدِ ، ولأَنَّ ذٰلكَ حَقٌّ لمَنْ سَبَقَ إليهِ ، فلَمْ يَجُزْ أَنْ يؤخذَ منهُ عليهِ عِوَضٌ ، كما لا يجوزُ أَنْ يؤخَذَ منهُ عِوَضٌ علىٰ المرورِ في الطريقِ .

فرعٌ : [لا يجوز إشراع جناح يضرُّ بالمارَّة] :

وإِنْ أَرادَ إخراجَ رَوشَنٍ أَو جَناحٍ إِلىٰ شارعٍ نافذٍ يَضُرُّ بالمارَّةِ فيهِ . . لَمْ يَجُزْ ، فإِنْ فعلَ . . قُلِعَ ؛ لقولِهِ ﷺ : « لاَ ضَرَرَ وَلاَ إِضْرَارَ » ، ولأَنَّهُ ليسَ لَهُ الانتفاعُ بالعَرْصَةِ[1] بما فيهِ ضَررٌ علىٰ المسلمينَ ، بأَنْ يَبنيَ فيها دَكَّةً[2] ، فكذٰلكَ ليسَ لَهُ الانتفاعُ بالهواءِ بما يَضُرُّ بهِ عليهِمْ ، فإِنْ صَالحَهُ الإمامُ ، أَو بعضُ الرعيَّةِ علىٰ ذٰلكَ بعِوَضٍ . . لَمْ يَصِحَّ الصلحُ ؛ لأَنَّهُ إِفرادٌ للهواءِ بالعقدِ ، ولأَنَّ في ذٰلكَ إِضراراً بالمسلمينَ ، وليسَ للإمامِ أَنْ يَفعلَ ما فيهِ ضَررٌ عليهِمْ .

---

(١) العَرْصة ـ وزان الضربة ـ : البقعة الواسعة بين الدور ، لا بناء فيها ، تجمع علىٰ : عِراص وعرصات .

(٢) الدكة : المكان المرتفع يجلس عليه ، وهو المصطبة ، معرَّب ، يجمع علىٰ : دِكك ، مثل : قَصعة وقِصع .

فرعٌ : [تعتبر حاجة المارين] :

وأَمَّا كيفيَّةُ الضررِ : فإِنَّ ذٰلكَ مُعتبرٌ بالعادةِ في ذٰلكَ الشَّارعِ ، فإِنْ كانَ شَارعاً لا تَمرُّ فيهِ القَوافلُ والجيوشُ والرُّكبانُ . . فيُشترطُ أَنْ يكونَ الجَناحُ عَالياً بحيثُ يمرُّ الماشي تَحتَهُ مُنتصِباً ، فإِنْ كانَ الشَّارعُ تَمرُّ فيهِ الجيوشُ والقوافلُ والرُّكبانُ . . ٱشتُرِطَ أَنْ يكونَ الجَناحُ عَالياً بحيثُ يَمرُّ فيهِ الراكبُ علىٰ الدابَّةِ ، وفي الكنيسةِ[1] مُنتَصباً .

وقالَ أَبو عُبيدِ بنُ حَربويهْ[2] : يُشترطُ أَنْ يَمُرَّ الفارسُ تَحتَهُ ورمحُهُ منصوبٌ بيدِهِ ؛ لأَنَّ الفُرسانَ قد يَزدحمونَ ، فيَحتاجونَ إِلىٰ نَصبِ الرماحِ . وهٰذا ليسَ بصحيحٍ ؛ لأَنَّهُ يُمكنُهُ أَنْ يَحُطَّ رمحَهُ علىٰ كتِفهِ ، ولأَنَّ الرمحَ لا غايةَ لطولِهِ . وإِنْ أَظلمَ الطريقُ بهٰذا الجَناحِ أَوِ الرَّوشَنِ . . ففيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : يَجوزُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ ظُلمةَ الطريقِ لا تَمنعُ مِنَ المرورِ فيهِ ، ولأَنَّهُ لا يُذهِبُ الضوءَ جملةً .

و**[الثاني]** : قالَ الصيدلانيُّ : لا يجوزُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يَضُرُّ بالمارِّ فيهِ ، فهوَ كما لو لَمْ يمكنْهُ المشيُ مُنتصِباً .

مسأَلَةٌ : [لا يرتفق بهواء الجار إلا بإذنه] :

وإِنْ أَرادَ أَنْ يُخرجَ جَناحاً أَو رَوشَناً فوقَ دارِ غيرِهِ ، أَو شارعِ جارهِ بغيرِ إِذنهِ . . لَمْ يَجُزْ ؛ لأَنَّهُ لا يَملِكُ الارتفاقَ بقرارِ أَرضِ جارهِ إِلاَّ بإِذنهِ ، فكذٰلكَ الارتفاقُ بهواءِ أَرضِ جارهِ ، فإِنْ صَالحَهُ صاحبُ الدارِ أَوِ الشارعِ علىٰ ذٰلكَ بعِوَضٍ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ إِفرادُ الهواءِ بالعقدِ .

---

(١) الكنيسة : شبه هودج يغرز في المحمل يستظل بها ، تجمع علىٰ : كنائس ، وسلف التعريف بها .

(٢) القاضي ، واسمه : علي بن الحسين بن حرب بن عيسىٰ البغدادي ت(٣١٩)هـ .

مسأَلةٌ : [إذن المعنيين بالروشن جائز] :

وإِنْ أَرادَ أَنْ يُخرِجَ جَناحاً ، أَو رَوشَناً إِلىٰ دَربٍ غيرِ نافذٍ ، ولَهُ طريقٌ في هٰذا الدربِ ، فإِنْ كانَ يَضُرُّ بالمارَّةِ . . لَمْ يَجُزْ منْ غيرِ إِذنِ أَهلِ الدَّربِ ، كما لا يَجوزُ إِخراجُ جَناحٍ يَضُرُّ إِلىٰ شارعٍ نافذٍ ، فإِنْ أَذِنَ أَهلُ الدَّربِ لَهُ بإِخراجِ جَناحٍ يَضُرُّ بهمْ . . جازَ ؛ لأَنَّ الحقَّ لقومٍ معيَّنينَ ، فإِذا أَذِنوا بذٰلكَ . . صَحَّ . وإِنْ أَرادَ أَنْ يُخرِجَ إِليهِ جَناحاً أَو رَوشَناً لا يَضُرُّ بهمْ بغيرِ إِذنِهِمْ . . ففيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : يجوزُ ؛ لأَنَّهُ يجوزُ لَهُ الارتفاقُ في الأَرضِ بالعبورِ فيها ، فجازَ لَهُ إِخراجُ الجَناحِ إِليها ، كما نقولُ في الشارعِ النافذِ ، فإِنْ أَرادَ أَهلُ الدَّربِ أَنْ يُصالحوهُ علىٰ ذٰلكَ بعِوَضٍ . . لَمْ يَصِحَّ الصلحُ ؛ لِمَا ذَكرناهُ في الشارعِ النافذِ .

و**[الثاني]** : قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : لا يجوزُ لَهُ ذٰلكَ بغيرِ إِذنِهِمْ ؛ لأَنَّهُ مَملوكٌ لقومٍ معيَّنينَ ، فلَمْ يَجُزْ لَهُ إِخراجُ الجَناحِ إِليهِ بغيرِ إِذنِهم ، كدَربِ الجارِ ، فإِنْ صَالحَهُ أَهلُ الدَّربِ علىٰ شيءٍ . . لَمْ يَصِحَّ الصلحُ ؛ لما ذَكرناهُ في دَربِ الجارِ .

مسأَلةٌ : [إِشراع الساباط] :

وإِنْ أَرادَ أَنْ يَعملَ سَاباطاً علىٰ جِدارِ جارهِ ، وصِفتُهُ : أَنْ يكونَ لَهُ جِدارٌ ، وبحِذائهِ جِدارٌ لجارهِ ، وبينَهما شارعٌ ، فيَمُدُّ جُذوعاً مِنْ جِدارهِ إِلىٰ جِدارِ جارهِ . . فلا يجوزُ لَهُ ذٰلكَ إِلاَّ بإِذنِ جارهِ ؛ لأَنَّهُ حَملَ علىٰ مِلْكِ غيرهِ بغيرِ إِذنهِ مِنْ غَيرِ ضَرورةٍ ، فلَمْ يَجُزْ ، كما لو أَرادَ أَنْ يَحمِلَ علىٰ بَهيمةِ غيرهِ بغيرِ إِذنِهِ .

وقولنا : (مِنْ غيرِ ضرورةٍ) ٱحترازٌ مِنَ التسقيفِ علىٰ الحائِطِ الرابعِ لجارهِ[1] علىٰ ما يأتي بيانُهُ .

---

(١) **صورة ذلك** : أن يبنيَ غرفة بجانب جدار جاره ، فينشىء ثلاثة جدران فيها الباب والنوافذ ، وأما الجدار الرابع : فيستغني بجدار جاره عن إنشاء حائط بينه وبينه ، فيستفيد مساحة عرض الجدار وكلفته ، ومن هاهنا فلا يحقُّ له أن يجعل فيه مشكاة ، ولا مكتبة ، ولا أن يغرز خشبة أو مسماراً=

فإنْ صَالحَهُ علىٰ ذٰلكَ علىٰ عِوَضٍ . . صَحَّ الصلحُ ، ولا بدَّ أنْ تكونَ الأَخشابُ مَعلومةً ، إمَّا بالمشاهدةِ ، أو بالصفةِ ، فيقولُ : صالِحْني علىٰ أنْ أَضعَ هٰذهِ الأَخشابَ بكذا .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وهٰكذا إنْ قالَ : خُذْ منِّي مالاً ، وأَقِرَّ أنَّ لي حقّاً في أنْ أَضعَ علىٰ جِدارِكَ جُذوعي هٰذهِ ، أو يَصفُها ، فإذا أَقرَّ لَهُ بذٰلكَ ، وأَخذَ العِوَضَ . . جازَ . فإنْ أَرادَ أنْ يَبنيَ عليها . . ذَكرَ طولَ البناءِ وعَرضَهُ ، وما يَبني بهِ ؛ لأَنَّ الغَرضَ يَختلفُ بذٰلكَ .

فإنْ أَطلَقا ذٰلكَ ولَمْ يُقدِّراهُ بمدَّةٍ . . كانَ ذٰلكَ بَيعاً لِمَغارزِ[1] الأَجذاعِ ، وإنْ قدَّرا ذٰلكَ بمدَّةٍ . . كانَ ذٰلكَ إجارةً تَنقضي بٱنقضاءِ المدَّةِ . هٰكذا ذَكرَ الشيخانِ : أَبو حامدٍ ، وأَبو إسحاقَ ، والقاضي أَبو الطيِّبِ .

وقالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : لا يكونُ ذٰلكَ بَيعاً بحالٍ ؛ لأَنَّ البيعَ ما يَتناولُ الأَعيانَ ، وهٰذا الصلحُ علىٰ وضعِ الخَشَبِ لا يَملِكُ بهِ الواضعُ شيئاً مِنَ الحائطِ الذي يَضعُ عليهِ ؛ لأَنَّهُ لو كانَ بَيعاً . . لَمَلَكَ جميعَ الحائطِ ، ولكانَ إذا ٱستَهدَمَ . . مَلَكَ أَخْذَ آلتهِ[2] ، وهٰذا لا يقولُهُ أَحدٌ .

قالَ : فإنْ قِيلَ : إنَّما يكونُ بَيعاً لموضعِ الوضعِ خاصَّةً . . قيلَ : لا يَصِحُّ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ موضعَ الوضعِ مجملٌ[3] في بقيَّةِ الحائطِ الذي لغيرهِ ، وتلكَ مَنفعةٌ ٱستحقَّها ، وإذا بَطلَ أَنْ يكونَ بَيعاً . . كانَ ذٰلكَ إجارةً بكلِّ حالٍ .

قال : فإنْ قيلَ : فكيفَ تجوزُ الإجارةُ إلىٰ مدَّةٍ غيرِ مَعلومةٍ ؟

فالجوابُ : أَنَّ المنفَعةَ يجوزُ أَنْ يقعَ العقدُ عليها في موضعِ الحاجةِ غيرَ مُقدَّرةٍ ،

= إلا بإذنه ورضاه ؛ لأنه يترتب عليه كثير من الحقوق ، وخصوصاً عند إرادة إعادة البناء أو تعديله ، والله أعلم .

(١) المغارز ـ جمع مغرز ـ : كل موضع أثبت فيه أصل شيء ، كمغرز الضرس .

(٢) آلته : أي ما يخرج منه حال نقضه ، من خشب ، وحجر ، وآجر ، ونحو ذلك من الأنقاض .

(٣) في نسخة : (محمول ببقية)

كما يقعُ عقدُ النكاحِ علىٰ منفعةٍ غيرِ مُقدَّرةٍ ، والحاجةُ تَدعو إِلىٰ ذٰلكَ[١] ؛ لأَنَّ الخَشَبَ وما أَشبَهَهُ ربَّما يرادُ للتأبيدِ ويَضُرُّ بهِ التقديرُ ، بخلافِ سائرِ الإِجاراتِ ، ولأَنَّ سائرَ الأَعيانِ لو جوَّزنا فيها عقدَ الإِجارةِ علىٰ التأَبيدِ . . بَطلَ فيها معنىٰ المِلْكِ ، وهَاهنا وضعُ الخَشَبِ علىٰ الحائِطِ لا يَمنعُ مالكَهُ أَنْ يَنتفعَ بهِ مَنفعةً مَقصودةً . **والأَوَّلُ أَصحُّ** ؛ لأَنَّ الشافعيَّ رحمَهُ اللهُ قالَ في « المختصرِ » : (ولوِ ٱشترىٰ عُلُوَّ بَيتٍ علىٰ أَنْ يَبنيَ علىٰ جُدرانهِ ، ويَسكنَ علىٰ سطحهِ . . أَجزتُ ذٰلكَ إِذا سَمَّيا منتهىٰ البُنيانِ ؛ لأَنَّهُ ليسَ كالأَرضِ في ٱحتمالِ ما يُبنىٰ عليها) .

إذا ثبتَ هٰذا : فإِنْ أَقرَّ صاحبُ الحائطِ لصاحبِ الخَشَبِ : أَنَّ لَهُ حقَّ الوضعِ علىٰ جِدارهِ . . لَزِمَ ذٰلكَ في الحُكمِ ، فإِنْ تقدَّمَهُ صُلْحٌ . . لَزِمَ ظَاهراً وباطِناً ، وإِنْ لَمْ يَتقدَّمْهُ صلحٌ . . لَزِمَ في الظاهرِ دونَ الباطنِ .

مسأَلةٌ : [لا يجوز استعمال حائط الجار] :

ولا يجوزُ أَنْ يَفتحَ كُوَّةً ، ولا يَتِدَ[٢] وَتَداً في حائِطِ الجارِ ، ولا في الحائِطِ المشترَكِ بَينَه وبينَ غيرهِ مِنْ غيرِ إِذنٍ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يُضعِفُ الحائِطَ . ولا يجوزُ أَنْ يَبنيَ عليهِ مِنْ غيرِ إِذنٍ ، كما لا يجوزُ أَن يَحمِلَ علىٰ بَهيمةِ غيرهِ بغيرِ إِذنهِ .

فرعٌ : [إحداث مجرىً أو مسيل في أرض أو سطح الجار] :

(ولا يجوزُ أَنْ يُجرِيَ الماءَ في أَرضِ غيرهِ ، ولا علىٰ سَطحهِ بغيرِ إِذنهِ) . هٰذا قولُهُ **الجديدُ** .

وقالَ في **القديمِ** : (إِذا ساقَ[٣] رَجلٌ عَيناً أَو بئراً ، فلزِمتْهُ مُؤنةٌ ، ودَعتْهُ الضرورةُ إِلىٰ إِجرائهِ في مِلْكِ غيرهِ ، ولَمْ يَكنْ علىٰ المُجرىٰ في مِلكهِ ضَررٌ بيِّنٌ . . فقدْ قالَ بعضُ

---

(١) في (م) : (الحاجة إلىٰ ذلك موجودة) .
(٢) يَتِدُ ـ من باب : وعد ، من وتدت الوتد أتده وتداً ـ : أثبته بالحائط أو بالأرض .
(٣) في نسخة : (شقَّ) .

أَصحابِنا : يُجبَرُ عليهِ) . فأَومأَ إِلىٰ أَنَّهُ يُجبَرُ ؛ لِمَا رُوِيَ : (أَنَّ الضَّحَّاكَ ، ومحمَّدَ بنَ مَسلمةَ ٱختلفا في خليجٍ ، أَرادَ الضَّحَّاكُ أَنْ يُجرِيَهُ في أَرضِ محمَّدِ بنِ مسلمةَ ، فٱمتنعَ منهُ ، فترافَعا إِلىٰ أَميرِ المؤمنينَ عمرَ بنِ الخطَّابِ رضيَ اللهُ عنهُ ، فقالَ : واللهِ لأُمِرَّنَّهُ ولو علىٰ بَطنِكَ)[1] .

والأَوَّلُ هو المشهورُ مِنَ المذهبِ ؛ لأَنَّهُ حَمْلٌ علىٰ مِلْكِ غيرِهِ ، فلَمْ يَجُزْ مِنْ غيرِ إِذنِهِ ، كالحَملِ علىٰ بَهيمتِهِ . وأَمَّا الخَبرُ : فيَحتمِلُ أَنَّهُ كانَ لَهُ رَسْمٌ[2] وأَجرىٰ الماءَ في أَرضِهِ ، فٱمتنعَ منهُ ، فلذٰلكَ أَجبرَهُ أَميرُ المؤمنينَ عُمرُ رضيَ اللهُ عنهُ علىٰ ذٰلكَ .

فإِنِ ٱدَّعىٰ علىٰ رَجلٍ مالاً ، فأَقرَّ لَهُ بهِ ، ثُمَّ قالَ : صالِحني منهُ ، علىٰ أَنْ أُعطيَكَ مَسيلَ ماءٍ في مِلكي . . قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (فإِنْ بَيَّنا الموضعَ وقَدْرَ الطولِ والعَرضِ . . صَحَّ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ بيعٌ لموضعٍ مِنْ أَرضِهِ ، ولا يَحتاجانِ أَنْ يُبيِّنا عُمقَهُ ؛ لأَنَّهُ إِذا مَلَكَ الموضعَ . . كانَ لَهُ النزولُ إِلىٰ تُخومِهِ)[3] .

وهَلْ يَملكُ المدَّعي هواءَ الساقيةِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الصيدلانيُّ :

أَحدُهما : يَملِكُهُ تَبَعاً للأَرضِ .

والثاني : لا يَملِكُهُ .

فعلىٰ هٰذا : لا يُمنعُ مالكُ الأَرضِ مِنْ البناءِ فَوقَ المَسيلِ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وإِنْ صَالحَهُ علىٰ أَنْ يُجرِيَ الماءَ في ساقيةٍ في أَرضِ المُصالَحِ . .

---

(١) أخرج خبر أمير المؤمنين عمر مالك في « الموطأ » (٢/ ٧٤٦) ، والشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٤٤٣) في الشرب ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٥٧) في إحياء الموات ، وفيه : (لِمَ تمنعُ أخاك ما ينفعه وهو لك نافع ، تشرب به أولاً وآخراً ولا يضرك ، فقال محمد بن مسلمة : لا ، فقال عمر : والله ليمرنَّ به ولو علىٰ بطنك) ، وأورده ابن الأثير في « النهاية » ، وفيه : (إن فلاناً ساق خليجاً) .
الخليج : نهر يقتطع من النهر الأعظم إلىٰ موضع ينتفع به فيه .

(٢) **رسم** : أثر باق من الدار بعد أن عفت .

(٣) **التخوم** ـ جمع تَخْم ـ : حدٌّ فاصل بين أرضين ، مثل : فلس وفلوس ، وقيل : الواحد : تخوم ، والجمع : تُخُم ، مثل : رسول ورسل .

قالَ في « الأُمِّ » [٣/ ٢٠٢] : (فإنَّ هٰذا إجارةٌ تفتقِرُ إلىٰ تَقديرِ المدَّةِ) . قالَ أصحابُنا : وإنَّما يَصِحُّ إذا كانتِ الساقيةُ مَحفورةً ، فأمَّا إذا لَمْ تَكنْ مَحفورةً . . لَمْ يَجُزْ ؛ لأنَّهُ لا يُمكنُ للمستأجرِ إجراءُ الماءِ إلاَّ بالحفرِ ، وليسَ لَهُ الحفرُ في مِلكِ غيرِهِ ، ولأنَّ ذٰلكَ إجارةٌ لساقيةٍ غيرِ مَوجودةٍ ، فإنْ حَفرَ الساقيةَ وصَالحَهُ . . جازَ . وإنْ كانتِ الأَرضُ في يدِ المُقِرِّ بإجارةٍ . . جازَ لَهُ أَنْ يُصالِحَهُ علىٰ إجراءِ الماءِ في ساقيةٍ فيها مَحفورةٍ مدَّةً مَعلومةً ؛ لأنَّها لا تجاوزُ مُدَّةَ إجارتهِ ، وإنْ لَمْ تكنِ الساقيةُ مَحفورةً . . لَمْ يَجُزْ أَنْ يُصالحَهُ علىٰ ذٰلكَ ؛ لأنَّهُ لا يجوزُ لَهُ إحداثُ ساقيةٍ في أَرضٍ في يدهِ بإجارةٍ ، وكذٰلكَ إذا كانتِ الأَرضُ وقفاً عليهِ . . جازَ أَنْ يُصالحَ علىٰ إجراءِ الماءِ في ساقيةٍ مَحفورةٍ مدَّةً مَعلومةً ، وإنْ أَرادَ أَنْ يَحفِرَ ساقيةً . . لَمْ يَكنْ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّهُ لا يَملِكُها ، وإنَّما لَهُ أَنْ يَستوفيَ منفعَتَها ، كالأَرضِ المستأجَرةِ . وإنْ صَالحَهُ علىٰ إجراءِ الماءِ علىٰ سَطحهِ . . جازَ إذا كانَ السطحُ الذي يَجري ماؤُهُ عليهِ مَعلوماً ؛ لأَنَّ الماءَ يَختلفُ بكبَرِ السطحِ وصِغَرِهِ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : ولا يَحتاجُ إلىٰ ذِكرِ المدَّةِ ، ويكونُ ذٰلكَ فَرعاً للإجارةِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ لا يَستوفي بهِ منافعَ السطحِ ، بخلافِ الساقيةِ ، فإنَّهُ يَستوفي منفعَتَها ، فكانتْ مدَّتُها مَقدَّرةً ، ولأنَّهما يَختلفانِ أَيضاً ، فإنَّ الماءَ الذي يَجري في الساقيةِ لا يَحتاجُ إلىٰ تَقديرٍ ؛ لأنَّهُ لا يَجري فيها أَكثرُ مِنْ مِلئِها ، ويَحتاجُ إلىٰ ذِكرِ السطحِ الذي يَجري فيهِ ؛ لأنَّهُ يَجري فيهِ القليلُ والكثيرُ .

وإنْ صَالحَهُ علىٰ أَنْ يَسقيَ زَرعَهُ ، أَو ماشيتَهُ مِنْ مائهِ سَقيةً ، أَو سَقيتينِ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّ القَدْرَ مِنَ الماءِ الذي يَسقي بهِ الزرعَ والماشيةَ مَجهولٌ ، فإنْ صالحَهُ علىٰ رُبُعِ العينِ ، أَو ثُلُثِها . . صَحَّ ، كما قلنا في البيعِ .

مسألةٌ : [إمكان الانتفاع بجدار الجار] :

وإذا أَرادَ الرَجلُ أَنْ يَضعَ أَجذاعَهُ علىٰ حائطِ جارهِ ، أَو حائطٍ مشترَكٍ بَينَهُ وبينَ غيرهِ بغيرِ إذنهِ ، فإنْ كانتْ بهِ إلىٰ ذٰلكَ حاجةٌ ، مِثلُ : أَنْ يكونَ لَهُ بَراحٌ[1] مِنَ الأَرضِ ويحيطُ

(١) **البَراح** : المتسع من الأرض لا زرع فيه ولا شجر .

بالبراحِ لَهُ ثلاثةُ جدُرٍ ، ولجارهِ أَو لشريكهِ جدارٌ رابعٌ ، وأَرادَ صاحبُ الثلاثةِ الجُدرِ التسقيفَ . فهلْ يُجبَرُ صاحبُ الجدارِ الرابعِ علىٰ تمكينهِ مِنْ ذٰلكَ ؟ فيهِ قولانِ :

[أَحدُهما] : قالَ في **القديمِ** : (يُجبَرُ إِذا كانَ ما يَضعهُ لا يَضُرُّ بالحائطِ ضَرراً بيِّناً) . وبهِ قالَ أَحمدُ .

ووجهُهُ : ما رَوىٰ أَبو هريرةَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « لا يَمْنَعُ أَحَدُكُمْ جارَهُ أَنْ يَضعَ خُشُبَهُ علىٰ جِدَارِهِ » ، ورُوِيَ : « لا يَمنعَنَّ أَحَدُكُمْ جارَهُ أَنْ يَغرِزَ خُشُبَهُ في جِدَارِهِ » . فَنَكَّسَ القومُ رُؤوسَهمْ ، فقالَ أَبو هريرةَ : ما لي أَراكمْ عنها مُعرضينَ ، واللهِ لأَرْمينَّها بينَ أَظهرِكمْ[1] . يعني : مُعرضينَ عَنْ هٰذهِ السُّنَّةِ .

---

(١) أخرجه عن أبي هريرة مالك في « الموطأ » (٢/ ٧٤٥) في الأقضية ، والشافعي في « ترتيب المسند » (٢/ ٥٧٦) في الشفعة ، والبخاري (٢٤٦٣) في المظالم ، ومسلم (١٦٠٩) في المساقاة ، وأبو داود (٣٦٣٤) في الأقضية ، والترمذي (١٣٥٣) ، وابن ماجه (٢٣٣٥) في الأحكام ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٦٨) في الصلح . وفي الباب :

عن ابن عباس رواه أحمد في « المسند » (١/ ٢٥٥ و ٣١٣) ، وابن ماجه (٢٣٣٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٦٩) ، وفيه ابن لهيعة .

وعن مجمِّع بن جارية ورجال من الأنصار رواه أحمد في « المسند » (٣/ ٤٧٩ ـ ٤٨٠) ، وابن ماجه (٢٣٣٦) ، والطبراني في « الكبير » (١٩/ ١٠٨٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٦٩ و ١٥٧) .

قال الترمذي : حديث حسن صحيح ، والعمل علىٰ هٰذا عند بعض أهل العلم ، وبه يقول الشافعي ، وروي عن بعض أهل العلم منهم : مالكٌ ، قالوا : له أن يمنع جاره أن يضع خشبه في جداره . والقول الأول أصحّ . وجاء في الروايات : (أكتافكم) و(أكنافكم) بدل : (أظهركم) .

خُشُبَه : قال القاضي عياض : رويناه في مسلم وغيره من الأصول بصيغة الجمع والإفراد . **نكَّس القوم** : أمالوا رؤوسهم ونظروا إلىٰ أسفل . **مالي أراكم عنها معرضين** : أي : عن الموعظة أو الوصية أو السنَّةِ لإقامة الحجة وخروجاً من كتمها . **لأرمينَّ بها بين أكتافكم** : أي : لأقرِّعنكم مصرِّحاً بها ؛ ليوقظهم من غفلتهم عنها ، كما يضرب الإنسان بالشيء بين كتفيه ، أو لأضعنَّ الخشبة رغماً عنكم .

قال الخطابي : معناه إن لم تقبلوا هٰذا الحكم وتعملوا به راضين . . لأجعلنها ـ أي : الخشبة ـ علىٰ رقابهم كارهين ، أراد بذلك المبالغةَ . وكان هٰذا منه يوم إمارته علىٰ المدينة في زمن=

فإذا قلنا بهٰذا : فلَمْ يَبذلِ الجارُ لَهُ . . أَجبَرَهُ الإمامُ .

و[**الثاني**] : قالَ في **الجديدِ** : (لا يُجبَرُ الجارُ علىٰ ذٰلكَ) . **وهوَ الصحيحُ** ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ رحمَهُ اللهُ ؛ لقولهِ ﷺ : « لاَ يَحِلُّ مَالُ ٱمْرِىءٍ مُسْلِمٍ إِلاَّ بِطِيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ »[1] ، ولأَنَّهُ ٱنتفاعٌ بِملكِ غيرهِ مِنْ غيرِ ضَرورةٍ ، فلَمْ يَجُزْ مِنْ غيرِ إذنهِ ، كزراعةِ أَرضهِ ، والبناءِ في أَرضهِ . وأَمَّا الخَبرُ : فلَهُ تأْويلانِ :

= مروان ، ولعلّ خطابه كان لغير الصحابة رضي الله عنهم .

(١) أخرجه عن أبي حَرَّة الرَّقَاشي أحمد في « مسنده » (٥/ ٧٢) ، وأبو يعلىٰ في « مسنده » (١٧٥٠) ، والدارقطني في « السنن » (٣/ ٢٦) في البيوع ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٠٠) في الغصب ، وفي إسناده عليّ بن زيد بن جدعان ضعّفوه . وفي الباب :

عن أنس أخرجه الدارقطني في « السنن » (٣/ ٢٦) بسند فيه مجهول .

وعن أبي حُميد الساعدي أخرجه ابن حبان في « الإحسان » (٥٩٧٨) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٠٠) في الغَصب . بلفظ : « لا يحل لمسلم أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفس منه » قال ذلك لشدة ما حرم الله من مال المسلم علىٰ المسلم . بإسناد صحيح .

وعن ابن عباس عند الحاكم من طريق عكرمة ، والدارقطني من طريق مقسم ، وفي إسناده العزرمي ، وهو ضعيف ، كما في « تلخيص الحبير » (٣/ ٥٢) بلفظ : « لا يحل لامرىء من مال أخيه إلا ما أعطاه بطيب نفس منه » .

وعن ابن عمر بمعناه روىٰ البخاري (٢٤٣٥) ، ومسلم (١٧٢٦) في اللقطة بلفظ : « لا يحلبن أحد ماشية أحد بغير إذنه » .

وعن عمرو بن يَثْرِبي الضمري أخرجه أحمد في «المسند» ، والدارقطني في « السنن » (٣/ ٢٥ و٢٦) بلفظ : « لا يحل لامرىء من مال أخيه شيء إلاّ ما طابت به نفسه » و : « ألاَ ولا يحلُّ لامرىءٍ مسلم من مال أخيه شيءٌ إلاّ بطيبة نفس منه » .

وعن عبد الله بن السائب ، عن أبيه ، عن جدّه رواه أبو داود (٥٠٠٣) في الأدب ، والترمذي (٢١٦١) في الفتن ، وحسنه ، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ١٠٠) بلفظ : « لا يأخذْ أحدكم متاع أخيه لاعباً ولا جادّاً » من طريقين . قال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٥٢) : قال البيهقي : إسناده حسن .

وعن ابن مسعود رواهُ الدارقطني في « السنن » (٣/ ٢٦) بلفظ : « حرمة مال المؤمن كحرمة دمه » . ومع كل هٰذا فممّا يعلم ضرورة من أحاديث «الأربعين» الشهيرة المتداولة من مباني الإسلام وقواعده الأحكام ، كما في «صحيح مسلم» وغيره ، قوله ﷺ : « كل المسلم علىٰ المسلم حرام دمه وماله وعرضه » .

الأوَّلُ : أنَّهُ مَحمولٌ علىٰ الاستحبابِ .

والثاني : أنَّ معناهُ : إذا أرادَ الرَجلُ أنْ يَضعَ خُشُبَهُ علىٰ جِدارِ نفسهِ لإخراجِ رَوشَنٍ أو جَناحٍ إلىٰ شارعٍ نافذٍ ، فليسَ لجارهِ المحاذي لَهُ أنْ يمنعَهُ مِنْ ذٰلكَ ؛ لأنَّهُ قالَ : « لاَ يَمْنَعْ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خُشُبَهُ علىٰ جِدارِهِ » . فالكنايةُ ترجِعُ إلىٰ أقربِ مَذكورٍ ، وهوَ الجارُ .

فإذا قلنا بالأوَّلِ ، وأرادَ الجارُ أنْ يُصالحهُ بمالٍ يأخذُهُ . . لَمْ يَكنْ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّ ما وَجبَ عليهِ بذلُهُ . . لَمْ يَجُزْ لَهُ أنْ يأخُذَ عنهُ عِوَضاً .

وإنْ قلنا بالثاني ، وأرادَ الصلحَ علىٰ ذٰلكَ بعِوَضٍ . . جازَ ، كما قلنا في السَّاباطِ .

فأمَّا إذا أرادَ أنْ يَبنيَ علىٰ الحائطِ ، أو يَضعَ عليهِ خُشُباً تَضرُّ بهِ ضَرراً بيِّناً ، أو لَهُ جِدارٌ آخرُ يُمكنُهُ أنْ يَسقُفَ عليهِ . . لَمْ يُجبَرِ الجارُ ، قولاً واحداً .

فإذا قلنا بقولهِ **الجديدِ** ، فأعارهُ صاحبُ الحائطِ الحائطَ ، فوضعَ الخشبَ عليهِ . . لَمْ يَكنْ لصاحبِ الحائطِ أنْ يُطالبَهُ بقلعهِ ؛ لأنَّ إذنَهُ يَقتضي البقاءَ علىٰ التأبيدِ ، فإنْ قَلعَ المستعيرُ خُشُبَهُ ، أو سَقطتْ . . فهلْ لَهُ أنْ يُعيدَ مثلَها ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : لَهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّهُ قَدِ ٱستحقَّ دوامَ بقائِها .

والثاني : ليسَ لَهُ أنْ يُعيدَ مِثلَها بغيرِ إذنِ مالكِ الحائطِ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأنَّ السقفَ إذا سَقَطَ . . فلا ضَررَ علىٰ المستعيرِ في الرجوعِ .

وإنْ أرادَ صاحبُ الحائطِ هدمَ حائطهِ ، فإنْ لَمْ يَكنْ مُستهدِماً . . لَمْ يَكنْ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّ المستعيرَ قدِ ٱستحقَّ تبقيَةَ خُشُبهِ عليهِ ، وإنْ كانَ مُستهدِماً . . فلَهُ ذٰلكَ ، وعلىٰ صاحبِ الخُشُبِ نقلُها ، فإذا أعادَ صاحبُ الحائطِ حائطَهُ ، فإنْ بناهُ بآلةٍ أُخرىٰ . . لَمْ يَكنْ لصاحبِ الخُشُبِ إعادةُ خُشُبهِ بغيرِ إذنٍ ؛ لأنَّ هٰذا الحائطَ غيرُ الأوَّلِ ، وإنْ بناهُ بآلتهِ الأُولىٰ . . فهلْ لَهُ أنْ يُعيدَ خُشُبَهُ بغيرِ إذنٍ ؟ علىٰ الوجهينِ الأوَّلينِ .

فإنْ صَالحَهُ بمالٍ ليَضعَ أخشابَهُ علىٰ جدارِ جارهِ ـ في قولهِ **الجديدِ** ـ أو قلنا : يُجبَرُ الجارُ علىٰ تمكينهِ مِنْ وضعِها ـ علىٰ **القديمِ** ـ فصالحَ صاحبَ الجدارِ مالكُ الخُشُبِ ليضَعَ علىٰ جِدارهِ الخُشُبَ . . صَحَّ الصلحُ ؛ لأنَّ ما صَحَّ بيعُهُ . . صَحَّ ٱنتفاعُهُ ، كسائرِ الأموالِ .

مسأَلةٌ : [الهواء تابع للقرار] :

وإِنْ كانتْ لَهُ شجرةٌ في مِلكهِ ، فٱنتشرتْ أَغصانُها فوقَ مِلكِ جارهِ . . فللجارِ أَنْ يُطالبَ مالكَ الشجرةِ بإِزالةِ ما ٱنتَشرَ فوقَ مِلكِهِ ؛ لأَنَّ الهواءَ تابعٌ للقرارِ ، وليسَ لَهُ أَنْ يَنتفعَ بقرارِ أَرضِ جارهِ بغيرِ إِذنهِ ، فكذٰلكَ هواءُ أَرضِ جارهِ ، فإِنْ لَمْ يُزِلْ مالكُ الشجرةِ ذٰلكَ . . فللجارِ أَنْ يُزيلَ ذٰلكَ عَنْ هواءِ أَرضهِ بغيرِ إِذنِ الحاكمِ ، كما لو دَخلتْ بَهيمةٌ لغيرهِ إِلىٰ أَرضهِ ، فلَهُ أَنْ يُخرِجَها بنفسهِ ، ثُمَّ يَنظرَ فيهِ :

فإِنْ كانَ ما ٱنتشرَ في مِلكهِ ليِّناً يُمكنُه أَنْ يُزيلَ ذٰلكَ عَنْ مِلكهِ مِنْ غيرِ قَطعٍ . . لواهُ عَنْ مِلكهِ ، فإِنْ قَطعهُ . . لَزِمَهُ أَرشُ ما نَقصَتِ الشجرةُ بذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ مُتعدٍّ بالقطعِ .

وإِنْ كانَ يابساً لا يُمكنهُ إِزالةُ ذٰلكَ عَنْ مِلكِهِ إِلاَّ بقطعهِ . . فلَهُ أَنْ يَقطعَ ذٰلكَ ، ولا ضَمانَ عليهِ .

وإِنْ أَرادَ الجارُ أَنْ يُصالحَ مالكَ الشجرةِ بعِوَضٍ ليُقِرَّ ذٰلكَ في هواءِ أَرضهِ ، فإِنْ كانَ غيرَ مُعتمِدٍ علىٰ حائطٍ . . لَمْ يَجُزْ ؛ لأَنَّهُ أَفردَ الهواءَ بالعقدِ إِنْ كانَ يابساً ، وإِنْ كانَ رَطْباً . . لَمْ يَجُزْ أَيضاً لهٰذهِ العِلَّةِ ، ولأَنَّهُ يَزيدُ في كلِّ وقتٍ . وإِنْ كانَ الغُصنُ مُعتمِداً علىٰ حائطِ الجارِ ، فإِنْ كانَ رَطْباً . . لَمْ يَجُزْ ؛ لأَنَّهُ يَزيدُ في كلِّ وقتٍ ، وإِنْ كانَ يابساً . . صَحَّ الصلحُ ، كما لو صَالحهُ علىٰ وضعِ خُشُبهِ علىٰ حائطِهِ .

فرعٌ : [لا يجبر من ارتفعت داره علىٰ وضع سترة] :

إِذا كانَ سَطحُ دارهِ أَعلىٰ مِنْ سَطحِ دارِ جارهِ . . لَمْ يُجبَرْ مَنْ علا سَطحُهُ علىٰ بناءِ سُترةٍ .

وقالَ أَحمدُ : (يُجبَرُ مَنْ عَلا سَطحُهُ علىٰ بناءِ سُترةٍ ؛ لأَنَّهُ إِذا صَعِدَ سَطحَهُ . . أَشرفَ علىٰ دارِ جارهِ ، والإِنسانُ ممنوعٌ مِنَ الانتفاعِ بمِلكهِ علىٰ وجهٍ يَستضِرُّ بهِ غيرُهُ ، كما لا يجوزُ أَنْ يَدُقَّ في مِلكهِ ما يَهتزُّ[1] بهِ حائطُ جارهِ) .

---

(١) في (م) : (يهتدّ) .

دليلُنا : أَنَّهُ حاجزٌ بينَ ملكيهما ، فلا يُجبَرُ أَحدُهما علىٰ سُترةٍ ، كالأَسفلِ .

وما ذَكرَهُ ، فغيرُ صحيحٍ ؛ لأَنَّ الأَعلىٰ ليسَ لَهُ أَنْ يُشرِفَ علىٰ الأَسفلِ ، وإِنَّما يَستضِرُّ الأَسفلُ بالإِشرافِ عليهِ دونَ ٱنتفاعِهِ بمِلكهِ ، ويخالفُ الدَّقَّ ؛ لأَنَّهُ يَضرُّ بمِلكِ جارهِ .

فرعٌ : [حرية التصرف في الملك ونحوه] :

ويجوزُ للإِنسانِ أَنْ يَبنيَ حمَّاماً بينَ الدورِ ، ويتَّخذَ دُكَّانَ خُبزٍ بينَ العطَّارينَ .

وقالَ أَحمدُ رحمَهُ اللهُ : (لا يجوزُ لَهُ ذٰلكَ) في إِحدىٰ الروايتينِ عنهُ ، وهوَ قولُ بعضِ أَصحابِ أَبي حنيفةَ رحمَهُ اللهُ .

دليلُنا : أَنَّهُ تَصرُّفٌ في مِلكهِ الذي يَختصُّ بهِ ، ولَمْ يَتعلَّقْ بهِ حقُّ غيرهِ ، فلَمْ يُمنَع منهُ ، كما لو طَبَخَ في دَارهِ أَو خَبَزَ . فإِنَّهُ لا يُمنعُ مِنْ ذٰلكَ لئلاَّ[1] يَلحَقَ جارَهُ الدخَانُ .

فرعٌ : [جواز فتح نافذة مشرفة] :

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : يجوزُ للإِنسانِ أَنْ يَفتحَ في دارهِ كُوَّةً مُشرِفةً علىٰ جارهِ ، وعلىٰ حَريمهِ ، ولا يكونُ للجارِ منعُهُ ؛ لأَنَّهُ لو أَرادَ رفعَ جميعِ الحائطِ . لَمْ يُمنَع منهُ ، فإِذا رَفَعَ بعضَهُ . لَمْ يُمنَع .

مسأَلةٌ : [وضع باب علىٰ الشارع النافذ] :

إِذا كانَ لرجلٍ دارٌ لها طريقٌ في دَربٍ غيرِ نافذٍ ، وظهرُها إِلىٰ شارعٍ نافذٍ . جازَ لَهُ أَنْ يَفتحَ باباً إِلىٰ الشارعِ النافذِ ؛ لأَنَّهُ يَملِكُ الاستطراقَ[2] في الشارعِ النافذِ . فإِنْ قيلَ : في ذٰلكَ إِضرارٌ بأَهلِ الدَّربِ ؛ لأَنَّهُ يَجعلُهُ نافذاً . فالجوابُ : أَنَّ النافذَ هو دارُهُ ، وليسَ لأَحدٍ أَنْ يَستطرِقَ دَارَهُ بغيرِ إِذنهِ .

---

(١) كذا في النسخ ، والمراد : إلاَّ أَنْ ؛ لأَنَّهُ لا ضرر ولا إضرار ، والله أعلم .

(٢) **الاستطراق** : أن يتخذ من مكان طريقاً .

وإنْ كانَ بابُ دَارِهِ إلىٰ الشارعِ النافذِ، وظهرُها إلىٰ دَربٍ ليسَ بنافذٍ، فإنْ أرادَ أنْ يفتحَ إلىٰ الدربِ كُوَّةً، أو شُبَّاكاً.. لَمْ يُمنَع منهُ، وكذٰلكَ إنْ أرادَ أنْ يَرفعَ جدارَهُ إلىٰ الدَّربِ غيرِ النافذِ.. جازَ؛ لأنَّهُ يَتصرَّفُ في مِلكِهِ بما لا ضَرَرَ فيهِ علىٰ غيرِه. وإنْ أرادَ أنْ يَفتحَ إلىٰ الدَّربِ باباً ليَستطرِقَ فيهِ.. لَمْ يَكنْ لَهُ الاستطراقُ؛ لأنَّهُ لا حقَّ لَهُ في الاستطراقِ فيهِ. وإنْ أرادَ أَن يَفتحَ إليهِ باباً، ويَنصِبَ عليهِ باباً، ويَسمُرَهُ، أو لا يَسمُرَهُ، وقالَ: لا أدخلُ فيهِ، ولا أَخرجُ.. ففيهِ وجهانِ:

أحدُهما: ليسَ لَهُ ذٰلكَ؛ لأنَّ ذٰلكَ دَلالةٌ علىٰ الاستطراقِ، فكانَ لأَهلِ الدَّربِ منعُهُ مِنْ ذٰلكَ.

والثاني: لَهُ ذٰلكَ، **وهوَ الصحيحُ**؛ لأنَّهُ لو رَفَعَ جميعَ حائطِهِ.. لَمْ يَكنْ لأَهلِ الدَّربِ منعُهُ، فكذٰلكَ إذا رَفَعَ بَعضَهُ، وإذا أَرادَ الاستطراقَ على دربِهِمْ.. مَنعوهُ.

فرعٌ: [جواز التصرف في الملك]:

وإنْ كانَ لرجلٍ دَارانِ، وبابُ كلِّ واحدةٍ منهما إلىٰ زُقاقٍ غيرِ نافذٍ، وظَهْرُ كلِّ واحدةٍ منهما إلىٰ ظَهرِ الأُخرىٰ، فإنْ أَرادَ صاحبُ الدارَينِ رفعَ الحائطِ بينَهما، وجعلَهما داراً واحدةً.. جازَ. وإنْ أَرادَ أَنْ يَفتحَ مِنْ أَحدِهما باباً إلىٰ الأُخرىٰ، ليدخُلَ مِنْ كلِّ واحدةٍ مِنَ الدارَينِ إلىٰ الأُخرىٰ، ويَدخلَ مِنْ كلِّ واحدٍ مِنْ الدربَينِ إلىٰ كلِّ واحدةٍ مِنَ الدارينِ.. ففيهِ وجهانِ:

[**أَحدُهما**]: قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ، **وأَكثرُ أَصحابِنا**: لا يجوزُ؛ لأنَّهُ يَجعلُ لكلِّ واحدةٍ مِنَ الدارَينِ طَريقاً إلىٰ كلِّ واحدٍ مِنَ الدربينِ، ويَجعلُ الدربَينِ كالدَّربِ الواحدِ، ولأنَّهُ يُثبتُ الشُّفعةَ في دورِ كلِّ واحدٍ مِنَ الدربينِ لأَهلِ الدربِ الآخرِ، في قولِ مَنْ يُثبتُ الشُّفعةَ في الدارِ لاشتراكِهما في الطريقِ، وهٰذا لا يجوزُ.

و[**الثاني**]: قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ: يجوزُ؛ لأنَّ لَهُ أَنْ يَرفعَ الحائطَ كلَّهُ، فكانَ لَهُ أَنْ يَفتحَ فيهِ باباً.

فرعٌ : [تغيير محلِّ الباب إلى أوّل الدرب المشترك] :

إذا كانَ لرجلينِ دارانِ في زُقاقٍ غيرِ نافذٍ ، وبابُ دارِ أحدِهما قريبٌ مِنْ أَوَّلِ الدربِ ، ولدارِهِ فِناءٌ[١] يَمتدُّ إِلىٰ آخرِ الدربِ ، وبابُ دارِ الآخرِ في وسَطِ الدربِ ، فإِنْ أَرادَ مَنْ بابُ دارِهِ قريبٌ مِنْ أَوَّلِ الدربِ أَنْ يُقدِّمَ بابَهُ إِلىٰ أَوَّلِ الدربِ . . جازَ ؛ لأَنَّهُ يترُكُ بعضَ ما كانَ لَهُ مِنَ الاستطراقِ ، وإِنْ أَرادَ أَنْ يُؤخِّرَ بابَهُ إِلىٰ دَاخلِ الدربِ الذي فِناءُ دارِهِ هناكَ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لَهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ فِناءَ دارِهِ يَمتدُّ ، فكانَ لَهُ تأخيرُ بابِهِ إِلىٰ هنالِكَ ، ولأَنَّ لَهُ يداً في الدربِ ، فكانَ الجميعُ في يدِهِما .

والثاني : ليسَ لَهُ ذٰلكَ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ يُريدُ أَنْ يَجعلَ لنفسهِ الاستطراقَ في موضعٍ لَمْ يَكنْ لَهُ ، بدليلِ : أَنَّهُ لو أَرادَ أَنْ يَتخطَّىٰ إِلىٰ داخلِ الدربِ . . مُنِعَ منهُ .

وإِنْ أَرادَ مَنْ بابُ دارِهِ في وسَطِ الدربِ أَنْ يُقدِّمَ بابَهُ . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فإِنْ أَرادَ أَنْ يُقدِّمَهُ إِلىٰ الموضعِ الذي لا فِناءَ لصاحبِهِ فيهِ . . كانَ لَهُ ذٰلكَ ، وجهاً واحداً ، وإِنْ أَرادَ أَنْ يُقدِّمَهُ إِلىٰ الموضعِ الذي لصاحبِهِ هناكَ فِناءٌ . . فهلْ لَهُ ذٰلكَ ؟ يُبنىٰ علىٰ الوجهينِ الأَوَّلينِ :

فإِنْ قلنا : ليسَ لِمَنْ بابُ دارِهِ في أَوَّلِ الدربِ أَنْ يُؤخِّرَ بابَهُ . . فلِمَنْ بابُ دارِهِ في وسَطِ الدربِ أَنْ يُقدِّمَ بابَهُ ، **وهوَ الصحيحُ** .

وإِنْ قلنا : لِمَنْ بابُ دارِهِ في أَوَّلِ الدربِ أَنْ يُؤخِّرَ بابَهُ إِلىٰ وسَطِ الدربِ . . فليسَ لِمَنْ بابُ دارِهِ في وسَطِهِ ، أَنْ يُقدِّمَ بابَهُ إِلىٰ فِناءِ دارِ جارِهِ .

وقالَ ابنُ الصبَّاغِ : يَنبغي لَهُ أَنْ يُقدِّمَ بابَهُ في فِنائِهِ إِلىٰ فِناءِ صاحبِهِ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّهُ إِنَّما يَفتحُ البابَ في فِناءِ نفسهِ ، ولا حقَّ لَهُ فيما جاوزَ ذٰلكَ .

---

(١) **فِناء الدار** : ما امتدّ من جوانبها ، ويطلق علىٰ ساحتها ، تجمع علىٰ : أفنية .

مسأَلَةٌ : [انهدام جدار بين جارين] :

إذا كانَ بينَهما حائطٌ مُشتركٌ ، فٱنهدمَ ، أَو هدَماهُ ، فَدعَا أَحدُهما صاحبَهُ إِلىٰ بنائهِ ، وٱمتنعَ الآخرُ . . فهلْ يُجبَرُ المُمتنِعُ ؟ فيهِ قولانِ ، وهٰكذا لو كانَ بينَهما نَهَرٌ ، فَطُمَّ[1] ، أَو بئرٌ ، فٱجتمعَ فيها الطينُ . . فهلْ يُجبَرُ المُمتنِعُ مِنْ كَسْحِها[2] علىٰ ذٰلكَ ؟ فيهِ قولانِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يُجبَرُ المُمتنِعُ علىٰ بناءِ الحائطِ ، ويُجبَرُ علىٰ كَسحِ النَهرِ والبئرِ) .

وعندنا : الجميعُ علىٰ قولينِ :

[أَحدُهما] : قالَ في **القديم** : (يُجبَرُ المُمتنِعُ منهما) . وبهِ قالَ مالكٌ رحمةُ اللهِ عليهِ ، وٱختارَهُ ٱبنُ الصبَّاغِ ؛ لقولهِ ﷺ : « لاَضَرَر ، وَلاَ إِضْرَارَ » ، وإِذا لَمْ نُجبرِ المُمْتنِعَ . . أَضرَرْنا بشَريكهِ ، ولأَنَّهُ إِنفاقٌ علىٰ مِلكٍ مُشترَكٍ ؛ لإزالةِ الضَّررِ ، فأُجبِرَ المُمتنعُ منهما ، كالإِنفاقِ علىٰ العبدِ المشتركِ .

و**[الثاني]** : قالَ في **الجديدِ** : (لا يُجبَرُ المُمتنِعُ) ؛ لأَنَّهُ إِنفاقٌ علىٰ مِلكٍ لو ٱنفردَ بمِلكهِ . . لَمْ يُجبَرْ عليهِ ، فإِذا كانَ مُشارِكاً لغيرهِ . . لَمْ يُجبَرْ عليهِ ، كما لو كانَ بينَهما بَراحٌ مِنَ الأَرضِ لا بناءَ عليهِ ، فدَعا أَحدُهما الآخرَ إِلىٰ البناءِ ، فٱمتنعَ الآخَرُ . . فإِنَّهُ لا يُجبَرُ ، وكما لو كانَ بينَهما أَرضٌ مُشترَكةٌ ، فدَعا أَحدُهما الآخرَ إِلىٰ زِراعتِها ، فٱمتنعَ . . فإِنَّهُ لا يُجبَرُ ، وعكسُ ذٰلكَ العبدُ ، لمَّا لَزِمَ صاحبَهُ الإِنفاقُ عليهِ عندَ الانفرادِ بملكهِ . . أُجبرَ علىٰ الإِنفاقِ عليهِ إِذا شَاركَ غيرَهُ .

وأَمَّا الخبرُ : فلا حُجَّةَ فيهِ ؛ لأَنَّا لو أَجبَرنا الشريكَ . . لأَضررنا بهِ ، و : (الضررُ لا يُزالُ بالضررِ) .

فإِذا قلنا بقولهِ **القديم** ، وطالبَ الشريكُ شَريكَهُ بالبناءِ . . لزمَهُ الإِنفاقُ معهُ بقسطِ

---

(١) **طُمَّ النهر** : مُلِىءَ تراباً ونحوه حتىٰ استوىٰ مع الأرض .
(٢) **الكسح** : كالكنس ، ثم استعير لتنقية البئر والنهر وغيره ، فقيل : كسحْتُه : إذا نقيتَهُ .

ما يَملِكُ مِنَ الحائطِ ، فإنِ ٱمتنعَ . . أجبَرَهُ الحاكمُ ، فإنْ كانَ لَهُ مالٌ . . أخذَ الحاكمُ منهُ ، وأنفقَ عليهِ ما يَخصُّهُ ، وإنْ كانَ مُعسراً . . ٱقترضَ لَهُ الحاكمُ مِنَ الشريكِ ، أَو مِنْ غيرِهِ . وإنْ بناهُ الشريكُ بإذنِ الممتنعِ ، أَو بإذنِ الحاكمِ . . كانَ الحائطُ مِلكاً بينَهما كما كانَ ، ويَرجعُ الذي بناهُ علىٰ شَريكهِ بحِصَّتهِ مِنَ النفقةِ ، وإنْ بناهُ بغيرِ إذنِ شريكهِ ، ولا إذنِ الحاكمِ . . لَمْ يَرجع بما أنفقَ ؛ لأنَّهُ مُتطوِّعٌ بالإنفاقِ ، ثُمَّ يَنظرُ : فإنْ بَنىٰ الحائطَ بآلتهِ الأُولىٰ . . كانَ مِلكاً بينَهما كما كانَ ؛ لأنَّ المنفِقَ إنَّما أنفقَ علىٰ التأليفِ[1] ، وذٰلكَ أثرٌ لا عينٌ يَملِكُها ، وإنْ أرادَ الذي بناهُ نَقضَهُ . . لَمْ يَكنْ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّ الحائطَ مِلكٌ لهما ، وإنْ بناهُ بآلةٍ أُخرىٰ . . كانَ الحائطُ للذي بناهُ ، ولَهُ أَنْ يَمنعَ شريكَهُ مِنَ الارتفاقِ بهِ ، فإنْ أرادَ الذي بناهُ نَقضَهُ . . كانَ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّهُ منفردٌ بمِلكهِ . فإنْ قالَ لَهُ المُمتنعُ : لا تَنقُضْ ، وأنا أَدفعُ ما يَخصُّني مِنَ النفقةِ . . أُجبرَ الذي بَناهُ علىٰ التبقيةِ ؛ لأنَّهُ لمَّا أُجبرَ الشريكُ علىٰ البناءِ . . أُجبرَ الذي بَنىٰ علىٰ التبقيةِ ببَذلِ النفقةِ . وإنْ كانَ بينَهما نَهرٌ أَو بئرٌ ، وأَنفقَ أَحدُهما بغيرِ إذنِ شريكهِ ، وغيرِ إذنِ الحاكمِ . . فإنَّهُ لا يَرجعُ بما أَنفقَ ، وليسَ لَهُ أَنْ يَمنعَ شريكَهُ مِنْ نَصيبهِ مِنَ الماءِ ؛ لأنَّ الماءَ يَنبَعُ في مِلكيهِما ، وليسَ لَهُ إلا نَقلُ الطينِ ، وذٰلكَ أَثرٌ لا عينٌ ، بخلافِ الحائطِ .

وإنْ قلنا بقولهِ **الجديدِ** . . لَمْ يُجبرِ الممتنعُ منهما ، فإنْ أَرادَ أَحدُهما بناءَهُ . . لَمْ يَكنْ للآخرِ منعُهُ مِنْ ذٰلكَ ؛ لأنَّهُ يَزولُ بهِ الضررُ عَنِ الثاني . فإنْ بناهُ بآلتهِ . . كانَ الحائطُ مِلكاً لهما كما كانَ ، فلو أَرادَ الذي بناهُ أَنْ يَنقُضَهُ . . لَمْ يَكنْ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّ الحائطَ مِلكُهما ، فهوَ كما لو لَمْ يَنفرِدْ ببنائهِ ، وإنْ بناهُ بآلةٍ لَهُ . . فهوَ مِلكٌ للذي بناهُ ، ولَهُ أَنْ يَمنعَ شريكَهُ مِنَ الارتفاقِ بهِ ، فإنْ أَرادَ الذي بناهُ أَنْ يَنقُضَهُ . . كانَ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّهُ مِلكٌ لَهُ يَنفردُ به . فإنْ قالَ لَهُ الممتنعُ : لا تَنقُضْ ، وأَنا أَدفعُ إليكَ ما يَخصُّني مِنَ النفقةِ . . لَمْ يُجبَرِ الذي بناهُ علىٰ التبقيةِ ؛ لأنَّهُ لمَّا لَمْ يُجبَرْ علىٰ البناءِ في الابتداءِ . . لَمْ يُجبَرْ علىٰ التبقيةِ في الانتهاءِ . فإنْ طَالبَ الشريكُ المُمتنعُ بنَقضِهِ . . لَمْ يَكنْ لَهُ ذٰلكَ ، إلاَّ أَنْ

---

(١) **التأليف** : تجميع ما تبعثر بعد الهدم من حجر ومدر وخشب ونحوه .

يكونَ لَهُ رسمُ خَشَبٍ ، فيقولَ لَهُ : إمَّا أَنْ تأخذَ منِّي ما يَخصُّني مِنَ النفقةِ ، وتُمكِّنني مِنْ وضعِ خُشُبي ، أَو تَقلَعَ حائِطَكَ لنَبْنِيَهُ جميعاً ، فيكونُ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ ليسَ للذي بَنىٰ إبطالُ رسُومِ[1] شريكِهِ هٰذا إذا ٱنهدمَ أَو هدَماهُ مِنْ غيرِ شَرطِ البناءِ ، فأَمَّا إذا هدَماهُ علىٰ أَنْ يَبنيَهُ أَحدُهما ، أَو هُما ، أَو هدَمهُ أَحدُهما متعدِّياً. . قالَ الشافعيُّ : (أَجبرتُهُ علىٰ البناءِ) . وٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فمنهمْ مَنْ قالَ : هيَ علىٰ قولينِ ، كما لو هدَماهُ مِنْ غيرِ شَرطٍ ، والذي **نَصَّ عليهِ الشافعيُّ إنَّما** هوَ علىٰ القولِ **القديمِ** ، وهوَ ٱختيارُ المَحامليِّ ؛ لأَنَّ الحائطَ لا يُضمَنُ بالمثلِ .

ومنهمْ مَنْ قالَ : **يُجبَرُ عليهِ** ، قولاً واحداً .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّ الشافعيَّ نصَّ علىٰ ذٰلكَ في **الجديدِ** ، ولأَنَّهُ هَدَمهُ بهٰذا الشرطِ ، فلزِمَهُ الوفاءُ بهِ .

فرعٌ : [في الصلح لا يصح ترك الحقِّ بغير عوض] :

وإنْ كانَ هٰذا الحائطُ بينَهما نِصفينِ ، فهدَماهُ ، أَوِ ٱنهدمَ ، ثُمَّ ٱصطلَحا علىٰ أَنْ يَبنياهُ ، ويُنفقا عليهِ بالسويَّةِ ، ويكونَ لأحدِها ثُلُثُ الحائطِ ، وللآخرِ ثُلُثاهُ ، ويَحملَ عليهِ كلُّ واحدٍ منهما ما شاءَ. . فلا يَصِحُّ هٰذا الصلحُ ؛ لأَنَّ الصلحَ هوَ : أَنْ يَترُكَ بعضَ حقِّهِ بعِوَضٍ ، وهاهُنا قدْ تَركَ أَحدُهما لصاحبِهِ سُدُسَ الحائطِ بغيرِ عِوَضٍ ، فلَمْ يَصِحَّ ، كما لو ٱدَّعىٰ علىٰ رَجلٍ داراً ، فأَقرَّ لَهُ بها ، ثُمَّ صَالحَهُ المدَّعي منها علىٰ سُكناها. . فلا يَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ مَلَّكهُ الدارَ والمنفعةَ ، ثُمَّ مُصالحتُهُ علىٰ منفَعتِها تركُ حقٍّ لَهُ بلا عِوَضٍ ، كذٰلكَ هاهنا مِثلُهُ ، ولأَنَّ هٰذا شَرطٌ فاسدٌ ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهما شَرطَ أَنْ يَحملَ عليهِ ما شاءَ ، والحائطُ لا يَحملُ ما شاءَ ، فلَمْ يَصِحَّ ، كما لو صَالحَهُ علىٰ أَنْ يَبنيَ علىٰ حائطهِ ما يشاءُ. . فإنَّهُ لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ مجهولٌ .

---

(١) رسوم ـ جمع رسم ـ : الأثر الباقي بالأرض بعد أن عفت الأبنية . وسلف .

وإنِ اصطلَحا علىٰ أَنْ يَبنياهُ ، ويُنفِقَ عليهِ أَحدُهما ثُلُثَ النَفقةِ ، ويُنفق عليهِ الآخَرُ ثُلُثَي النفقةِ ، ويحملَ علىٰ الحائطِ خُشُباً معلومةً . . فقد قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ في دَرسِهِ أَوّلاً : يَصِحُّ الصلحُ ؛ لأَنَّهُ لمَّا زَادَ في الإِنفاقِ . . تَركَ الآخَرُ بعضَ حقِّهِ بعوَضٍ . وقالَ في دَرسِهِ ثانيةً : لا يَصِحُّ هٰذا الصلحُ ؛ لأَنَّ النفقةَ التي تَزيدُ علىٰ نَفقةِ حقِّهِ مجهولةٌ ، والصلحُ علىٰ عِوَضٍ مجهولٍ لايَصِحُّ ، ولأَنَّهُ صُلحٌ علىٰ ما ليسَ بموجودٍ ؛ لأَنَّ الحائطَ وقتَ العقدِ معدومٌ .

فرعٌ : [الجدران المشتركة علواً وسفلاً] :

وإِنْ كانَ حيطانُ العلْوِ لرَجلٍ ، وحِيطانُ السُّفلِ لآخَرَ والسَّقفُ بينَهما ، فانهدمَ الجميعُ . . فليسَ لصاحبِ السُّفلِ أَنْ يُجبِرَ صاحبَ العلْوِ علىٰ البناءِ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّ حِيطانَ السُّفلِ لصاحبِ السُّفلِ ، فلا يُجبِرُ غيرَهُ علىٰ بنائِها ، وهلْ لصاحبِ العُلْوِ المُطالَبةُ بإِجبارِ صاحبِ السُّفلِ علىٰ بناءِ السُّفلِ ؟ علىٰ القولينِ في الحائطِ .

فإِنْ قلنا بقولِهِ **القديمِ** . . أَجبرَ الحاكمُ صاحبَ السُّفلِ علىٰ البناءِ ، وإِنْ لَمْ يَكنْ لَهُ مالٌ . . اقترضَ عليهِ مِنْ صاحبِ العُلْوِ ، أَو مِنْ غيرِهِ ، وبَنىٰ لَهُ سُفلَهُ ، وكانَ ذٰلكَ دَيناً في ذِمَّتهِ إِلىٰ أَنْ يُوسِرَ ، وهٰكذا إِذا بَنىٰ صاحبُ العُلْوِ حِيطانَ السُّفلِ بإِذنِ صاحبِ السُّفلِ ، أَو بإِذنِ الحاكمِ ، جازَ ، وكانتْ حِيطانُ السُّفلِ لصاحبِ السُّفلِ ، ولصاحبِ العلْوِ أَنْ يرجعَ بما أَنفقَهُ علىٰ حِيطانِ السُّفلِ علىٰ صاحبِ السُّفلِ ، ثُمَّ يُعيدَ عُلْوَهُ كما كانَ ، وإِنْ أَرادَ صاحبُ العُلوِ أَنْ يَبنيَ السُّفلَ مِنْ غيرِ إِذنِ الحاكمِ ، وغيرِ إِذنِ صاحبِ السُّفلِ . . لَمْ يُمنَع مِنْ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ يَستحِقُّ الحَملَ علىٰ حِيطانِ السُّفلِ ، ولا يَرجِعُ بما أَنفقَ عليها ؛ لأَنَّهُ مُتطوِّعٌ .

فإِنْ بَنىٰ صاحبُ العُلْوِ السُّفلَ بآلتهِ . . كانَ مِلكاً لصاحبِ السُّفلِ كما كانَ ، وليسَ لصاحبِ العُلْوِ نَقضُها ، ولٰكنْ يُعيدُ عُلوَهُ عليها .

وإِنْ بناهُ بآلةٍ أُخرىٰ . . كانتِ الحِيطانُ مِلكاً لصاحبِ العلْوِ ، وليسَ لصاحبِ السُّفلِ أَنْ يَضَعَ عليها شيئاً ، ولا يَتِدَ فيها وَتَداً ، ولٰكنْ لَهُ أَنْ يَسكنَ في قَرارِ السُّفلِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ قرارُ مِلكهِ ، فإِنْ أَرادَ صاحبُ العلْوِ نَقضَ ذٰلكَ . . كانَ لَهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ مِلكُهُ . وإِنْ بذلَ

لَهُ صاحبُ السُّفلِ ما أَنفقَ ، ولا يَنقُصُ . . لَمْ يُجبَر صاحبُ العُلْوِ علىٰ التبقيةِ ؛ لأَنَّهُ لا يُجبَرُ علىٰ البناءِ في الابتداءِ ، فلَمْ يُجبَر علىٰ التبقيةِ في الانتهاءِ[١] .

مسأَلةٌ : [اصطلحا علىٰ بناء معلوم فوق البيت] :

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (ولوِ ٱدَّعىٰ علىٰ رَجلٍ بَيتاً في يدِهِ ، فٱصطلَحا بعدَ الإِقرارِ علىٰ أَنْ يكونَ لأَحدِهما سطحُهُ ، والبناءُ علىٰ جُدرانهِ بناءً معلوماً . . جازَ) .

وٱختلفَ أَصحابُنا في صُورةِ هٰذهِ المسأَلةِ :

فقالَ أَبو العبَّاسِ ابنُ سُريجٍ : صُورتُها : أَنْ يدَّعيَ رَجلٌ علىٰ رَجلٍ داراً ، في يدهِ عُلْوها وسُفلُها ، فيُقِرَّ لَهُ بِها ، ثُمَّ ٱصطلَحا علىٰ أَنْ يكونَ السُّفلُ والعلْوُ للمُقَرِّ لَهُ ، ويَبنيَ المُقِرُّ علىٰ العلْوِ بِناءً مَعلوماً . . فيَصِحُّ الصُّلحُ ، ويكونُ ذٰلكَ فرعاً للعاريَّةِ ، وليسَ ذٰلكَ بصُلحِ مُعاوضةٍ ؛ لأَنَّ صُلحَ المُعاوضةِ إِسقاطُ بَعضِ حقِّهِ بعِوَضٍ ، وهٰذا تركُ بعضَ حقِّهِ بلا عِوَضٍ ؛ لأَنَّهُ مَلَكَ العُلْوَ والسُّفلَ بالإِقرارِ ، ثُمَّ تركَ المُقَرُّ لَهُ للمُقِرِّ العُلْوَ بغيرِ عِوَضٍ ، فيكونُ عاريَّةً لَهُ الرجوعُ فيها قَبلَ البناءِ ، وليسَ لَهُ الرجوعُ بعدَ البناءِ ، كما قالَ الشافعيُّ : (إِذا ٱدَّعىٰ علىٰ رَجلٍ داراً ، فأَقرَّ لَهُ بِها ، ثُمَّ صالحَهُ منها علىٰ سُكناها . . فلا يكونُ صُلحاً ، وإِنَّما يكونُ عاريَّةً) .

ومنهمْ مَنْ قالَ : صُورتُها : أَنْ يَدَّعيَ رَجلٌ علىٰ رَجلٍ سُفلَ بَيتٍ عليهِ علوٌّ ، ويُقِرَّ : أَنَّ العلْوَ للمدَّعىٰ عليهِ ، فيُقِرَّ المدَّعىٰ عليهِ للمدَّعي بالسُّفلِ ، ثُمَّ ٱصطلَحا علىٰ أَنْ يكونَ السُّفلُ للمدَّعىٰ عليهِ ، علىٰ أَنَّ المدَّعيَ يَبني علىٰ العلوِ غرفةً معلومةَ البناءِ . . فيَصِحُّ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : **وهٰذا أَصحُ التأويلينِ** .

وقالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : **الأَوَّلُ أَشبهُ** بكلامِ الشافعيِّ رحمَهُ اللهُ .

مسأَلَةٌ : [صالح أحد رجلين علىٰ دار ملكاها بجهتين] :

إِذا ٱدَّعىٰ رَجلٌ داراً في يدِ رَجُلَينِ ، فأَقرَّ لَهُ أَحدُهما بنِصفِها ، وأَنكرَ الآخرُ ، وحَلَفَ لَهُ ، فصالحَ المُقِرُّ المدَّعيَ عَنْ نِصفِ الدارِ علىٰ عِوَضٍ ، وصارَ ذٰلكَ النِّصفُ

---

(١) للقاعدة التي تقول : (يغتفر في الدوام ، ما لا يغتفر في الابتداء) .

للمُقِرِّ . . فهلْ لشريكهِ المنكرِ أَنْ يأخذَ ذٰلكَ بالشُّفعةِ ؟ قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : إنْ كانا مَلكا بجهتينِ مختلفتينِ ، مثلَ : أَنْ كانَ أَحدُهما وَرِثَ ما بيدهِ ، والآخرُ ٱبتاعَ ما بيدهِ . . فللشريكِ المنكرِ الشُّفعةُ ؛ لأَنَّ الجهتينِ إِذا ٱختلفتا . . أَمكنَ أَنْ يكونَ نصيبُ أَحدِهما مستحَقّاً ، فيدَّعيَهُ صاحبُهُ ، فيُعطيَهُ ، ثُمَّ يَملِكَهُ بالصلحِ ، فَتثبتُ فيهِ الشُّفعةُ ، وإِنِ ٱتَّفقتْ جهةُ تَمليكِهِما ، كالإرثِ ، أَوِ الابتياعِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : ليسَ للمنكرِ الأَخذُ بالشُّفعةِ ؛ لأَنَّهُ يُقِرُّ بأَنَّ أَخاهُ أَقرَّ بنصفِ الدارِ بغيرِ حقٍّ ، ولَمْ يَملِكْهُ بالصُّلحِ ، وهٰذا يَمنعُهُ مِنَ المُطالَبةِ بالشُّفعةِ .

والثاني : لَهُ المُطالَبةُ بالشُّفعةِ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ قدْ حُكِمَ بنِصفِها للمقَرِّ لَهُ ، وحُكِمَ بأَنَّهُ ٱنتقلَ ذٰلكَ إِلىٰ المُقِرِّ بالصلحِ ، معَ أَنَّهُ يَحتمِلُ أَنْ يكونَ قدِ ٱنتقلَ إِليهِ نَصيبُ المُقِرِّ مِنْ غيرِ أَنْ يَعلمَ الآخرُ .

وأَمَّا ترتيبُ ٱبنِ الصبَّاغِ فيها : فقالَ : إِنْ كانَ إِنكارُ المُنكِرِ[1] مُطلَقاً ، كأَنْ أَنكرَ ما ٱدَّعاهُ . . فلَهُ الأَخذُ بالشُّفعةِ ، وإِنْ قالَ : هٰذهِ الدارُ لنا وَرِثناها عَنْ أَبينا . . فهلْ لَهُ الأخذُ بالشُّفعةِ ؟ فيهِ وجهانِ .

مسأَلَةٌ : [إقرار بعض الورثة بحقٍّ لآخر] :

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (وإِذا أَقرَّ أَحدُ الورثةِ في دارٍ في أَيديهِمْ بحقٍّ لرجلٍ ، ثُمَّ صَالحَهُ منهُ علىٰ شيءٍ بَعينهِ . . فالصلحُ جائزٌ ، والوارثُ المُقِرُّ مُتطوِّعٌ ، ولا يَرجِعُ علىٰ إِخوتهِ بشيءٍ) . وٱختلفَ أَصحابُنا في صُورتِها :

فمنهمْ مَنْ قالَ : صُورتُها : أَنْ يَدَّعيَ رَجلٌ علىٰ جماعةٍ ورثةٍ لرجلٍ داراً في أَيديهِمْ ، كانَ أَبوهمْ غصبَهُ إِيّاها ، فأَقرَّ لَهُ أَحدُهمْ بذٰلكَ ، وقالَ : صَدقتَ في دَعواكَ ، وقد وكَّلَني شُركائي علىٰ مُصالحتِكَ بشيءٍ معلومٍ ، فحُكمُ هٰذا في حقِّ شُركائهِ حُكمُ الأجنبيِّ إِذا صَالحَ عَنِ المدَّعىٰ عليهِ علىٰ عينٍ معَ الإِنكارِ علىٰ ما مضىٰ .

وقالَ أَبو عليٍّ الطبريُّ : تأويلُها : أَنْ يَدَّعيَ رَجلٌ علىٰ جماعةٍ ورثةٍ دَيناً علىٰ

---

(١) في نسخ : (المقر) .

مورِّثِهِمْ ، وأَنَّ هٰذهِ الدارَ رَهنَها[1] عندهُ بالدَّينِ ، فيُقِرَّ لَهُ أَحدُهمْ بصِحَّةِ دَعواهُ ، ويُصالحَهُ عَنْ ذٰلكَ بشيءٍ ، فحُكمُهُ حُكمُ الأَجنبيِّ إذا صَالحَ عَنِ المدَّعىٰ عليهِ بالدَّينِ معَ إنكارهِ . قالَ : لأَنَّ الشافعيَّ قالَ : (وأَقرَّ أَحدُ الورثةِ في دارٍ في أَيديهِمْ بحقٍّ) ، ولو أَقرَّ بالدارِ . . لقالَ : أَقرَّ بالدارِ . وإِنَّما أَرادَ رهنَ الدارِ ، وأَيُّهما كانَ . . فقد مضىٰ حُكمهُ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : **والتأويلُ الأَوَّلُ أَصحُّ** ، وقد بيَّنَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ ذٰلكَ في « الأُمِّ » [٣/ ١٩٨ـ١٩٩] .

مسأَلةٌ : [المصالحة علىٰ دراهم بدل الزرع] :

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ : (ولوِ ٱدَّعىٰ رَجلٌ علىٰ رَجلٍ زَرعاً في الأَرضِ ، فصَالحَهُ مِنْ ذٰلكَ علىٰ دَراهمَ . . فجائزٌ) . وهٰذا كما قالَ : إذا ٱدَّعىٰ رَجلٌ علىٰ رَجلٍ زَرعاً في أَرضٍ ، فأَقرَّ لَهُ بهِ ، فصالَحَهُ عنهُ بعِوَضٍ :

فإِنْ كانَ بشرطِ القطعِ . . صَحَّ الصلحُ ، فإِنْ كانتِ الأَرضُ للمُقِرِّ . . كانَ لَهُ تبقيةُ الزرعِ ؛ لأَنَّ الزرعَ لَهُ ، والأَرضَ لَهُ .

فإِنْ قيلَ : هلاَّ كانَ للمدَّعي إِجبارُهُ علىٰ القطعِ ؛ لأَنَّ لَهُ غَرضاً في ذٰلكَ ، وهوَ أَنَّهُ ربَّما أَصابتْهُ جائِحةٌ ، فرفَعَهُ إِلىٰ حاكمٍ يَرىٰ إِيجابَ وَضعِ الجوائحِ ، فيُضمِّنَهُ ذٰلكَ ؟

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : فالجوابُ : أَنَّ ذٰلكَ إِنَّما يكونُ إذا لَمْ يَشرطِ القطعَ ، فأَمَّا معَ شَرطِ القطعَ ، فلا يَضمنُ البائعُ الجوائحَ .

وإِنْ صالَحَهُ مِنْ غيرِ شرطِ القطعِ ، فإِنْ كانتِ الأَرضُ لغيرِ المقرِّ . . لَمْ يَصِحَّ الصلحُ ، وإِنْ كانتِ الأَرضُ للمُقِرِّ . . فهلْ يَصِحُّ الصلحُ ؟ فيهِ وجهانِ ، مضىٰ ذكرُهما في البيعِ .

وإِنْ كانَ الزرعُ بينَ رَجلينِ ، فٱدَّعىٰ عليهما رَجلٌ بهِ ، فأَقرَّ لَهُ أَحدُهما بنِصفهِ ،

---

(١) في (م) : (هي) .

وَصالحَهُ منهُ علىٰ عِوَضٍ ، فإنْ كانتِ الأَرضُ لغيرِ المُقِرِّ . . لَمْ يَصحَّ الصلحُ ، سواءٌ كانَ مُطلَقاً أَو بشرطِ القطعِ ؛ لأَنَّهُ إنْ كانَ مُطلَقاً . . فلا يَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ زَرعٌ أَخضرُ ، فلا يَصِحُّ بَيعُهُ مِنْ غيرِ شرطِ القطعِ ، وإنْ كانَ بشرطِ القطعِ . . لَمْ يَصِحَّ أَيضاً ؛ لأَنَّ نَصيبَهُ لا يتميَّزُ عَنْ نَصيبِ شَريكِهِ ، فلا يُجبرُ شَريكُهُ علىٰ قَلعِ زَرعِهِ . هٰكذا ذَكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، وٱبنُ الصبَّاغِ ، وقد مضىٰ ذكرُها في البيوعِ .

وذَكرَ القاضي أَبو الطيِّبِ : أَنَّ ذٰلكَ يَنبني علىٰ القولينِ في القِسمةِ ، هَلْ هيَ بيعٌ ، أَو إفرازُ حقٍّ . وإنْ كانتِ الأَرضُ للمُقِرِّ ، فإنْ قلنا : إنَّ مَنِ ٱشترىٰ زَرعاً في أَرضهِ ، يَصِحُّ مِنْ غيرِ شَرطِ القطعِ . . صَحَّ الصُّلحُ هاهنا ، وإنْ قلنا : لا يَصِحُّ أَنْ يَشتريَ زَرعاً في أَرضهِ إلاَّ بشرطِ القطعِ . . لَمْ يَصِحَّ الصلحُ هاهنا .

فرعٌ : [المصالحة علىٰ نصف الأرض بنصف الزرع] :

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وإنِ ٱدَّعىٰ علىٰ رَجلٍ زَرعاً في أَرضهِ ، فأَقرَّ لَهُ بنِصفهِ ، ثُمَّ صَالحَهُ منهُ علىٰ نِصفهِ علىٰ نصفِ الأَرضِ . . لَمْ يَجُزْ ؛ لأَنَّ مِنْ شَرطِ بيعِ الزرعِ قَطعَهُ ، وذٰلكَ لا يُمكنُ في المُشاعِ ، وإنْ صالحَهُ منهُ علىٰ جميعِ الأَرضِ بشرطِ القطعِ علىٰ أَنْ يُسلِّمَ إليهِ الأَرضَ فارغةً . . صَحَّ ؛ لأَنَّ قَطعَ جميعِ الزرعِ واجبٌ ، نِصفُهُ بحكمِ الصلحِ ، والباقي لتفريغِ الأَرضِ ، فأَمكنَ القطعُ ، وجَرىٰ مَجرىٰ مَنِ ٱشترىٰ أَرضاً فيها زرعٌ ، وشَرطَ تَفريغَ الأَرضِ . . فإنَّهُ يجوزُ ، كذٰلكَ هاهنا .

وإنْ أَقرَّ لَهُ بجميعِ الزرعِ ، وصالحَهُ مِنْ نِصفهِ علىٰ نِصفِ الأَرضِ ؛ ليكونَ الزرعُ والأَرضُ بينَهما نِصفينِ ، وشَرطا القطعَ في الجميعِ ، فإنْ كانَ الزرعُ زُرعَ في الأَرضِ بغيرِ حقٍّ . . جازَ الصلحُ ؛ لأَنَّ الزرعَ يَجبُ قطعُ جميعِهِ ، وإنْ كانَ الزرعُ زُرعَ بحقٍّ . . لَمْ يَصِحَّ الصلحُ ؛ لأَنَّهُ لا يمكنُ قطعُ الجميعِ .

وذَكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ في « التعليقِ » : أَنَّ أَصحابَنا قالوا : إذا كانَ لَهُ زرعٌ في أَرضِ غيرِهِ ، فصالحَ صاحبُ الزرعِ صاحبَ الأَرضِ مِنْ نِصفِ الزرعِ علىٰ نِصفِ الأَرضِ بشرطِ القطعِ . . جازَ ؛ لأَنَّ نِصفَ الزرعِ قدِ ٱستُحقَّ قطعُهُ بالشرطِ ، والنِّصفَ الآخرَ قدِ ٱستُحقَّ أَيضاً قطعُهُ ؛ لأَنَّهُ يحتاجُ إلىٰ تفريغِ الأَرضِ لتسليمِها ، فوجبَ أَنْ

يُفرِّغَها[1] . قالَ : وهٰذا ضعيفٌ ، أَمَّا النِّصفُ : فقدِ ٱستُحقَّ قطعُهُ ، وأَمَّا النصفُ الآخرُ : فلا يُحتاجُ إِلىٰ قطعهِ ؛ لأَنَّهُ يُمكنُ تسليمُ الأَرضِ وفيها زرعٌ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : ولأَنَّ باقيَ الزرعِ ليسَ بمبيعٍ . . فلا يَصِحُّ شرطُ قطعهِ في العقدِ ، ويُفارقُ ما ذكرناهُ إِذا أَقرَّ بنصفِ الزرعِ ، وصالحَهُ علىٰ جميعِ الأَرضِ ؛ لأَنَّهُ شَرطَ تَفريغَ جميعِ المبيعِ .

وباللهِ التوفيقُ

* * *

(١) في (م) : (يجوز) ، وفي نسخة : (يسلمها) .



كِتَابُ الحَوَالَةِ

البيان البيان البيان
البيان البيان البيان
البيان البيان البيان
البيان البيان البيان
البيان البيان البيان
البيان البيان البيان
البيان البيان البيان

كتاب الحوالة[1]

الحَوالَةُ : نَقلُ حقٍّ مِنْ ذِمَّةٍ إلىٰ ذِمَّةٍ ، مُشتقَّةٌ مِنْ قولِهم : حوَّلتُ الشيءَ مِنْ موضعٍ إلىٰ موضعٍ : إذا نَقلتَهُ إليهِ .

والأَصلُ في جوازِها : ما رَوىٰ أَبو هريرةَ رضيَ اللهُ عنهُ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَطلُ ٱلغَنِيِّ ظُلْمٌ ، وإذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ علىٰ مَلِيءٍ . . فَلْيَحتَلْ »[2] ، ورُوِيَ : « وإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ علىٰ مَلِيءٍ . . فَلْيَتْبَعْ »[3] . والمرادُ بهِ الحَوالةُ .

---

(١) **الحَوالة** ـ بالفتح أَفصح من كسرها ـ لغة : التحول والانتقال ، مشتقة من الحؤول ، تقول : حال عن العهد : إذا انتقل عنه . و ـ شرعاً ـ : عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلىٰ ذمة . وهي بيع دينٍ بدينٍ جوِّز للحاجة ، أو هي رخصة للاستيفاء ؛ لأن فيها إرفاقاً ومعروفاً وتعاوناً .

وأركانها ستة : محيل ، ومحتال ، ومحال عليه ، ودَين للمحتال علىٰ المحيل ، ودَين علىٰ المحال عليه للمحيل ، وصيغة .

(٢) أخرجه عن أبي هريرة بهٰذا السياق أحمد في « المسند » (٢/ ٤٦٣) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٧٠) من طريق معلىٰ بن منصور ، عن أبي الزناد به .

(٣) وأخرجه من طرق عن أبي هريرة مالك في « الموطأ » (٢/ ٦٧٤) في البيوع ، والشافعي في « الأم » (٣/ ٢٠٣) ، والبخاري (٢٢٨٧) في الحوالة ، ومسلم (١٥٦٤) في المساقاة ، وأبـو داود (٣٣٤٥) ، والتـرمـذي (١٣٠٨) ، والنسـائـي فـي « المجتبـىٰ » (٤٦٨٨) و(٤٦٩١) وفي « الكبرىٰ » (٦٢٨٧) و(٦٢٩٠) في البيوع ، وابن ماجه (٢٤٠٣) في الصدقات ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٧٠) في الحوالة . قالَ الترمذي : حديث حسن صحيح . وفي لفظ ابن ماجه : « الظلم مطل الغني . . » . وفي الباب :

عن ابن عمر رواه أحمد في « المسند » (٢/ ٧١) ، والترمذي (١٣٠٩) ، وابن ماجه (٢٤٠٤) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٧٠) في الحوالة .

قال ابن كثير في «إرشاد الفقيه» (٢/ ٥٧) : وقد رواه سعيد بن منصور ، وإسناده علىٰ شرط « الصحيحين » ، والله أعلم .

قال الترمذي : قال بعض أهل العلم : إذا أحيل الرجل علىٰ مليء ، فاحتاله . . فقد برىء=

وأَجمعَ المسلمونَ علىٰ جوازِها[1] ، ولا تَتِمُّ الحَوالَةُ إلاَّ بثلاثةِ أَنفُسٍ : مُحيلٌ ، وهوَ : مَنْ يُحيلُ بما عليهِ ، ومُحتالٌ ، وهوَ : مَنْ يحتالُ بما لَهُ مِنَ الحقِّ ، ومحالٌ عليهِ ، وهوَ : مَنْ يَنتقلُ حقُّ المحتالِ إليهِ .

مسأَلَةٌ : [الحوالة ثابتة للحقِّ المستقرِّ في الذمَّة] :

وتجوزُ الحَوالَةُ بعِوَضِ القَرْضِ ، وبدلِ المُتلَفِ ؛ لأَنَّهُ حقٌّ ثابتٌ مستقِرٌّ في الذِّمَّةِ ، فجازتِ الحَوالَةُ بهِ ، كبيعهِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وتجوزُ الحَوالَةُ بثَمَنِ المبيعِ ؛ لأَنَّهُ دَينٌ مستقِرٌّ .

وهلْ تجوزُ الحَوالَةُ بالثَّمَنِ في مدَّةِ الخِيارِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حَكاهُما ٱبنُ الصبَّاغِ :

أَحدُهما ـ وهوَ قولُ القاضي أَبي حامدٍ ـ : أَنَّهُ لا تَصِحُّ الحَوالَةُ بهِ ؛ لأَنَّهُ ليسَ بثابتٍ .

والثاني : تَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ يَؤُولُ إلىٰ اللُّزومِ ، ولا تجوزُ الحَوالةُ بالمبيعِ قبلَ القَبضِ ؛ لأَنَّهُ غيرُ مستقِرٍّ ؛ لأَنَّهُ قدْ يتلَفُ[2] فيَبطُلُ البيعُ فيهِ .

= المحيل ، وليس له أن يرجع علىٰ المحيل . وهو قول الشافعي ، وأحمد ، وإسحاق . ثم قال أبو الفداء ابن كثير بعدُ : يستدل به علىٰ : أنه لا يفتقر إلىٰ رضا المحال عليه ، وفي عمومه دليل علىٰ صحة الحوالة علىٰ من لا دين عليه برضاه . وهٰذا أحد الوجهين ، والله تعالىٰ أعلم .
فليتبع : الأكثر على التخفيف ، وقيده بعضهم بالتشديد ، والأول أجود .

(١) قال ابن المنذر في « الإجماع » (٥٣٨) : وأجمعوا علىٰ أن الرجل إذا ضمن عن الرجل لرجل مالاً معلوماً بأمره أن الضمان لازم له ، وله أن يأخذ ممن ضمن عنه .

وقال ابن هبيرة في « الإفصاح » (١/٢٤٨) : واتفقوا علىٰ جواز الإحالة ، واتفقوا علىٰ براءة ذمة المحيل ، إذا كان للمحيل علىٰ المحال عليه دين ورضي المحتال والمحال عليه . لكن قال في « رحمة الأمة » (ص/ ٣١٠ و٣١١) : اتفق الأئمة علىٰ أنه إذا كان لإنسان علىٰ آخر حقٌّ ، فأحاله علىٰ من له عليه حقٌّ . . لم يجب علىٰ المحال قبول الحوالة ، وقال داود : يلزمه القبول ، وإذا قبل صاحب الحق الحوالة علىٰ مليء . . فقد برىء المحيل علىٰ كلِّ وجه ، وبه قال الفقهاء .

(٢) في (نسخ) : (يتلف قبل القبض) .

فرعٌ : [عدم صحة الحوالة بمال غير مستقر] :

ولا تجوزُ الحَوالةُ بدَينِ السَّلَمِ ، ولا عليهِ ؛ لِمَا رَوىٰ أبو سعيدٍ الخدريُّ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَنْ أَسْلَمَ في شَيْءٍ . . فلا يَصْرِفْهُ إِلىٰ غَيْرِهِ » .

وأَمَّا المكاتَبُ إذا حصَلتْ عليهِ ديونٌ لغيرِ سيِّدهِ مِنَ المُعاملةِ ، ولَهُ ديونٌ . . جازَ لَهُ أَنْ يُحيلَ بعضَ غُرمائهِ علىٰ بعضٍ ، وجازَ لغُرَمائهِ أَنْ يُحيلوا عليهِ بما لَهمْ في ذِمَّتهِ ؛ لأَنَّ الحقَّ ثابتٌ في ذِمَّتهِ ، وأَمَّا ما في ذِمَّتهِ مِنْ مالِ الكتابةِ : فلا يجوزُ لسيِّدهِ أَنْ يُحيلَ بهِ عليهِ ؛ لأَنَّهُ غيرُ مستقِرٍّ ؛ لأَنَّ لَهُ أَنْ يُعجِّزَ نفسَهُ متىٰ شاءَ ، فلا معنىٰ للحَوالةِ بهِ ، وإِنْ أَرادَ المكاتَبُ أَنْ يُحيلَ سيِّدَهُ بمالِ الكتابةِ الذي عليهِ علىٰ غَريمِ المكاتَبِ . . قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : صَحَّتِ الحَوالَةُ . وٱشترطَ صاحبُ « المجموعِ » أَنْ يكونَ النَّجمُ[1] قدْ حلَّ ؛ لأَنَّهُ بمنزلةِ أَنْ يَقضيَهُ ذٰلكَ مِنْ يدهِ .

وإِنْ كانَ لسيِّدهِ عليهِ مالٌ مِنْ جهةِ المُعاملةِ . . فهلْ يجوزُ للسيِّدِ أَنْ يُحيلَ غريماً لَهُ عليهِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حَكاهُما الطبريُّ :

أَحدُهما : يَصِحُّ ، ولَمْ يَذكرِ ٱبنُ الصبَّاغِ غيرَهُ ؛ لأَنَّهُ دَينٌ لازمٌ .

والثاني : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ قدْ يُعجِّزُ نفسَهُ ، فيَسقُطُ ما في ذِمَّتهِ لسيِّدهِ مِنْ دَينِ المُعاملةِ وغيرِها ؛ لأَنَّ السيِّدَ لا يَثبتُ لَهُ المالُ علىٰ عبدهِ .

قالَ الصيمَريُّ : وإِنْ أَحالَهُ رَجلٌ علىٰ عبدهِ ، فإِنْ كانَ مَأذُوناً لَهُ في التجارةِ . . جازَ ، وإِنْ كانَ غيرَ مَأذونٍ لَهُ . . ففيهِ وجهانِ ، **الأَصحُّ** : لا تَصِحُّ الحَوالَةُ .

مسأَلَةٌ : [صحة الحوالة بالنقد المعلوم] :

تجوزُ الحَوَالَةُ بالدراهمِ ، والدنانيرِ ، وبما لَهُ مِثلٌ ، كالطعامِ والأَدهانِ ؛ لأَنَّ القَصدَ مِنَ الحَوَالَةِ إِيفاءُ الغريمِ حقَّهُ مِنْ غيرِ زيادةٍ ولا نُقصانٍ ، وذٰلكَ يَحصُلُ بما ذَكرناهُ .

---

(١) **النجم** : المراد به قسط المكاتبة .

وهلْ تَصِحُّ الحَوالَةُ بما لا مِثلَ لَهُ ممَّا يُضبطُ بالصِّفةِ ، كالثيابِ ، والحَيَوانِ ، والعُروضِ التي يَصِحُّ السَّلَمُ عليها ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَصِحُّ ؛ لأنَّهُ مالٌ ثابتٌ في الذمَّةِ مستقِرٌّ ، فصحَّتِ الحَوالَةُ بهِ ، كالدراهمِ والدنانيرِ .

والثاني : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ المِثلَ فيهِ لا يَنحصِرُ ، ولهٰذا لا يُضمَنُ بمِثلهِ في الإتلافِ .

فإذا قلنا بهٰذا : لَمْ تَجُزِ الحَوالَةُ بإبلِ الدِّيَةِ ، وإذا قلنا بالأَوَّلِ . . فهلْ تَصِحُّ الحَوالَةُ بإبلِ الدِّيَةِ ؟ فيهِ وجهانِ ، مُخرَّجانِ مِنَ القولينِ للشافعيِّ : (إذا جَنتِ آمرأَةٌ علىٰ رَجلٍ مُوضِحةً[1] ، فتزوَّجَها علىٰ خَمسٍ مِنَ الإبلِ في ذِمَّتِها لَهُ أَرشُ جِنايتِها عليهِ) ، وكذٰلكَ قالَ في (الصلحِ) : (إذا كانَ لَهُ في ذِمَّتهِ أَرشُ جِنايةٍ ، خمسٌ مِنَ الإبلِ ، فصالحَ عنها) . . فهلْ يَصِحُّ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : (يَصِحُّ) ؛ لأنَّهُ دَينٌ مستقِرٌّ في الذمَّةِ معلومُ العَدَدِ والسِّنِّ .

والثاني : (لا يَصِحُّ) ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأنَّها مجهولةُ الصِّفةِ ؛ لأنَّهُ لا يَتعيَّنُ علىٰ مَنْ وجَبتْ عليهِ أَنْ يُسلِّمَها مِنْ لونٍ مخصوصٍ .

مسأَلةٌ : [كون الحقين متجانسين] :

ولا تَصِحُّ الحَوالَةُ إلاَّ إذا كانَ الحقَّانِ مِنْ جِنسٍ واحدٍ ، فإنْ كانَ عليهِ لرجلٍ دنانيرُ ، فأَحالَهُ بها علىٰ رَجلٍ لَهُ عليهِ دَراهمُ ، أَو أَحالَ مَنْ لَهُ عليهِ حِنطةٌ علىٰ مَنْ لَهُ عليهِ شعيرٌ ، أَو ذُرَةٌ . . لَمْ تَصِحَّ الحَوالَةُ ؛ لأنَّ مَوضوعَ الحَوالَةِ : أَنَّها لا تَفتقِرُ إلىٰ رِضا المُحالِ عليهِ ، فلو صحَّحناها بغيرِ جنسِ الحقِّ . . لاشتُرِطَ فيها رِضاهُ ؛ لأنَّهُ لا يُجبَرُ علىٰ تَسليمِ غيرِ الجِنسِ الذي عليهِ ، ولأنَّ الحَوالَةَ تَجري مَجرىٰ المُقاصَّةِ[2] ؛ لأنَّ المُحيلَ يُسقِطُ

---

(١) **الموضحة** : الشجَّة تبدي العظم بعد أن تقشر الجلدة التي بين اللحم والعظم . تجمع علىٰ : مواضح ، وفيها دون غيرها من الشجاج قصاص .

(٢) **المقاصة** ، تَقاصَّ القوم : قاصَّ كل واحد منهم صاحبه في حساب أو غيره . وفي (م) : (المقاصد) ، وفي نسخة : (المعاوضة) .

ما في ذِمَّتهِ بما لَهُ في ذِمَّةِ المُحالِ عليهِ ، ثُمَّ المُقاصَّةُ لا تَصِحُّ في جِنسٍ بجنسٍ آخرَ ، فكذٰلكَ الحَوالَةُ .

ولا تَصِحُّ الحَوالَةُ إلاَّ إنْ كانَ الحقَّانِ مِنْ نوعٍ لجنسٍ واحِدٍ ؛ لِمَا ذَكرناهُ في الجنسِ ، فإنْ كانَ لَهُ علىٰ رَجلٍ أَلفُ دِرهَمٍ صِحاحٌ ، فأَحالهُ بها علىٰ مَنْ لَهُ عليهِ أَلفُ درهَمٍ مكسَّرةٌ ، أَو كانَ بالعكسِ مِنْ ذٰلكَ . . لَمْ تَصِحَّ الحَوالَةُ ؛ لأَنَّ الحَوالةَ في الحقيقةِ بيعُ دَينٍ بدينٍ ، وبيعُ الدراهمِ بالدراهمِ صَرفٌ مِنْ شَرطِهِ القَبضُ في المجلسِ ، إلاَّ أَنَّهُ جُوِّزَ تأخيرُ القَبضِ في الحَوالَةِ ؛ لأَنَّهُ عقدُ إِرفاقٍ ومعروفٍ ، فإذا دَخلَ فيهِ الفَضلُ . . صارَ بَيعاً وتِجارةً ، وبَيعُ الدَّينِ بالدَّينِ لا يجوزُ ، أَلا تَرىٰ أَنَّ القَرضَ في الحقيقةِ صَرفٌ ؛ لأَنَّهُ يُعطي دِرهماً بدرهَمٍ ، ولٰكنْ جَوَّزنا تأخيرَ القَبضِ فيهِ ؛ لأَنَّهُ إِرفاقٌ ؟ .

ولو قالَ : أَقرضتُكَ هٰذهِ الدَراهمَ المُكسَّرةَ لتَرُدَّ عليَّ صِحاحاً . . لَمْ يَصِحَّ ، فكذٰلكَ هٰذا مثلُهُ .

فرعٌ : [يحال الدين الحالّ علىٰ الحالّ ، والمؤجل علىٰ المؤجل] :

وإنْ أَحالهُ بدينٍ حالٍّ علىٰ رَجلٍ لَهُ عليهِ دَينٌ حالٌّ ، أَو بدينٍ مؤَجَّلٍ علىٰ دَينٍ مؤَجَّلٍ ، وهما متساويانِ في الأَجل . . صَحَّ ، وإنْ أَحالهُ بدَينٍ حالٍّ عليه علىٰ دَينٍ مؤَجَّلٍ لَهُ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّ الحالَّ لا يتأَجَّلُ عندنا ، ولأَنَّ المحتالَ قدْ نَقصَ مِنْ حقِّهِ ، وهوَ أَنَّ دَينَهُ كانَ مُعجَّلاً ، فجعلَهُ مُؤَجَّلاً ، لينقُلَ حقَّهُ مِنْ ذِمَّةٍ إِلىٰ ذِمَّةٍ ، فلَمْ يَصِحَّ ، كما لو كانَ لَهُ دَينٌ مؤَجَّلٌ ، فقالَ مَنْ عليهِ الدَّينُ لِمَنْ لَهُ الدَّينُ : أَنقُصْ مِنْ دَينِكَ ، لأُقدِّمَ لكَ دَينَكَ قَبلَ حلولهِ . . فإنَّ هٰذا لا يَصِحُّ .

وإنْ كانَ عليهِ لرجلٍ دَينٌ مؤَجَّلٌ ، فأَحالَهُ بهِ علىٰ دَينٍ لَهُ حالٍّ . . فهل تَصِحُّ الحَوالَةُ ؟ فيهِ وجهانِ ، حَكاهُما المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٢٨٢] :

أَحدُهما : تَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ يمكنُهُ تَعجيلُ المؤَجَّلِ .

والثاني : لا تَصِحُّ ، وهوَ قولُ البغداديِّينَ مِنْ أَصحابِنا ؛ لأَنَّ المُحيلَ قدْ زادَ المحتالَ في حقِّهِ ، ليَنقُلَ حقَّهُ مِنْ ذِمَّتهِ إِلىٰ ذمَّةِ غيرهِ ، فلَمْ يَصِحَّ ، كما لو كانَ لَهُ عليهِ أَلفٌ حالٌّ ، فزادَهُ فيهِ ليجعلَهُ مؤَجَّلاً .

فرعٌ : [الإحالة علىٰ مدين وضامن] :

وإنْ كانَ لرجلٍ علىٰ رَجلينِ أَلفُ درهَمٍ ، علىٰ كلِّ واحدٍ منهُما خَمسُ مِئةٍ ، وكلُّ واحدٍ منهما ضَامنٌ عَنْ صاحبِهِ ، فأَحالَهُ أَحدُهما علىٰ الآخرِ بأَلفٍ . . بَرِئَتْ ذِمَّتُهما مِمَّا لَهُ عليهِما ، وإنْ أَحالَ عليهِما رَجلاً لَهُ عليهِ أَلفٌ ليأخذَ مِنْ كلِّ واحدٍ منهما خَمسَ مِئةٍ . . صَحَّ ، وإنْ أَحالَهُ عليهِما ، علىٰ أَنْ يُطالِبَ مَنْ شاءَ منهما بالأَلفِ . . فهلْ تَصِحُّ الحَوالَةُ ؟ فيهِ وجهانِ ، حَكاهُما أبو العبّاسِ :

أَحدُهما : تَصِحُّ الحَوالَةُ ، وهوَ ٱختيارُ الشيخِ أَبي حامدٍ ؛ لأَنَّ المحتالَ لا يأخذُ إلاَّ قَدْرَ حقِّهِ ؛ لأَنَّ الزيادةَ إِنَّما تكونُ في القَدرِ ، أَوِ الصِّفةِ ، أَلا تَرىٰ أَنَّهُ يجوزُ أَنْ يُحيلَ علىٰ مَنْ هوَ أَملىٰ منهُ ؟

والثاني : لا تَصِحُّ الحَوالَةُ ، وهوَ ٱختيارُ القاضي أَبي الطيِّبِ ؛ لأَنَّهُ يَستفيدُ بهٰذهِ الحَوالَةِ زيادةً في المُطالَبةِ ؛ لأَنَّهُ كانَ يُطالِبُ واحداً ، فصارَ يُطالبُ ٱثنينِ ، ولأَنَّ الحَوالَةَ بيعٌ ، فإذا كانَ الحقُّ علىٰ ٱثنينِ . . كانَ المَقبوضُ منه منهما مجهولاً ، فلَمْ تَصِحَّ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : **فعلىٰ هٰذا الوجهِ** : لا تَصِحُّ الحَوالَةُ بدَينٍ فيهِ ضَمانٌ ، أَو رَهنٌ .

وقالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : يَنبغي أَنْ لاَ تَصِحَّ الحَوالَةُ بدينٍ لا رهنَ بهِ علىٰ دَينٍ بهِ رَهنٌ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّ الرهنَ عقدٌ وقعَ لَهُ ، فلا يَقبلُ النقلَ إِلىٰ غيرِهِ ، بخلافِ الذي لهُ علىٰ الضَّامنِ ؛ لأَنَّهُ يَقبلُ النقلَ ، ولهٰذا لو أَحالهُ عليهِ وحدَهُ . . جازَ .

مسأَلةٌ : [الإحالة علىٰ من لا حق له عنده] :

إذا كانَ لرجلٍ علىٰ رَجلٍ حقٌّ ، فأَحالهُ علىٰ مَنْ لا حقَّ لَهُ عليهِ ، فإنْ لَمْ يَقبلِ المُحالُ عليهِ الحَوالَةَ . . لَمْ تَصِحَّ الحَوالَةُ ، ولَمْ تبرأْ ذِمَّةُ المُحيلِ ؛ لأَنَّهُ لا يَستحِقُّ شيئاً علىٰ المُحالِ عليهِ ، وإنْ قَبلَ المحالُ عليهِ الحَوالَةَ . . فهلْ تَصِحُّ الحَوالَةُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا تَصِحُّ ، **وهوَ قولُ أَكثرِ أَصحابِنا** ، وهوَ ظاهرُ كلامِ المُزنيِّ ؛ لأَنَّ الحَوالَةَ مُعَاوَضةٌ ، فإذا كانَ لا يَملِكُ شيئاً في ذِمَّةِ المحالِ عليهِ . . لَمْ تَصِحَّ ، كما لوِ آشترىٰ شاةً حيَّةً بشاةٍ ميِّتَةٍ ، ولأَنَّهُ لو أَحالهُ علىٰ مَنْ لَهُ عليهِ دَينٌ غيرُ لازمٍ ، أَو غيرُ مستقِرٍّ ، أَو مخالِفٌ لصفةِ دَينهِ . . لَمْ تَصِحَّ الحَوالَةُ ، فَلأَنْ لا تَصِحَّ الحَوالَةُ علىٰ مَنْ لا دَينَ لهُ عليهِ أَولىٰ .

والثاني : تَصِحُّ الحَوالَةُ ، وهوَ قولُ أَبي حنيفةَ وأَصحابهِ رحمهمُ اللهُ ؛ لأَنَّ المحالَ عليهِ إِذا قَبِلَ الحَوالَةَ . . صارَ كأَنَّهُ قالَ لصاحبِ الحقِّ : أَسقِط عنهُ حقَّكَ ، أَو أَبرِئْهُ ، وعليَّ عِوَضُهُ ، ولو قالَ ذٰلكَ . . لَلَزِمَهُ ؛ لأَنَّهُ آستدعاءُ إِتلافِ ملكٍ بِعِوَضٍ ، فكذٰلكَ هٰذا مثلُهُ .

فإذا قلنا بهٰذا : فللمحالِ عليهِ أَنْ يُطالِبَ المُحيلَ بتخليصهِ ، كما يُطالِبُ الضامِنُ المضمونَ عنهُ بتخليصهِ ، فإنْ وَزَنَ[1] المُحالُ عليهِ الحقَّ ، فإنْ كانَ بغيرِ إِذنِ المُحيلِ . . لَمْ يَرجِعْ علىٰ المُحيلِ بشيءٍ ؛ لأَنَّهُ متطوِّعٌ ، وإِنْ وَزَنَ بإِذنهِ . . رَجَعَ عليهِ ، وإِنْ أَبرأَ المحتالُ المُحالَ عليهِ . . بَرِئَ ، ولا يَرجِعُ المحالُ عليهِ علىٰ المُحيلِ بشيءٍ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يُغرَّمْ شيئاً ، **والذي يقتضي المذهبُ** : أَنَّ المحتالَ لا يَرجِعُ علىٰ المُحيلِ بشيءٍ ؛ لأَنَّ ذِمَّتَهُ قدْ بَرِئَتْ بالحَوالَةِ علىٰ هٰذا ، وإِنْ قَبَضَ المحتالُ الحقَّ مِنَ المُحالِ عليهِ بإِذنِ المُحيلِ ، ثُمَّ وهبَهُ المحتالُ للمحالِ عليهِ . . فهلْ يَرجِعُ المُحالُ عليهِ علىٰ المُحيلِ بشيءٍ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَرجِعُ عليهِ بشيءٍ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يُغرَّمْ شيئاً ؛ لأَنَّ ما دَفعَ . . رَجَعَ إِليهِ .

والثاني : يَرجِعُ عليهِ ، **وهوَ المذهبُ** ؛ لأَنَّهُ قد غَرِمَ ، وإِنَّما عادَ إِليهِ بسببٍ آخرَ .

وإِنْ كانَ عليهِ دَينٌ[2] مؤَجَّلٌ ، فأَحالهُ علىٰ رَجلٍ لا شيءَ لهُ عليهِ ، وقَبِلَ المُحالُ عليهِ الحَوالَةَ ، وقلنا : تَصِحُّ ، فإِنْ قضاهُ المُحالُ عليهِ الحقَّ في مَحِلِّهِ بإِذنِ المُحيلِ . .

---

(١) في (م) : (ورث) .
(٢) في نسخ : (حقّ) .

رَجَعَ عليهِ ، وإنْ قضاهُ قبلَ حلولِ الحقِّ . . لَمْ يَرجِع علىٰ المُحيلِ قبلَ مَحِلِّ الدينِ ؛ لأنَّهُ متطوِّعٌ بالتقديمِ . فإنِ ٱختلفَ المُحيلُ والمُحالُ عليهِ ، فقالَ المُحالُ عليهِ : أَحلْتَ عليَّ ، ولا حقَّ لكَ عليَّ ، وأنا أَستحِقُّ الرجوعَ عليكَ ؛ لأنِّي قَضيتُ بإذنِكَ . وقالَ المُحيلُ : بَلْ أَحلتُ بحقٍّ لي عليكَ . . فالقولُ قولُ المُحالِ عليهِ معَ يمينِهِ ؛ لأنَّ الأَصلَ بَراءَةُ ذِمَّتهِ مِنَ الدَّينِ .

مسأَلةٌ : [صحّة الحوالة برضا المحتال] :

ولا تَصِحُّ الحَوالَةُ إِلاَّ برِضا المحتالِ ، **وبهِ قالَ كافَّةُ أَهلِ العلمِ** .

وقالَ داودُ ، وأَهلُ الظاهرِ : (لا يُعتبرُ رِضاهُ ، إذا كانَ المُحالُ عليهِ مَليئاً ؛ لقولهِ ﷺ : « إِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلىٰ مليءٍ . . فَلْيَحتَلْ » . وهٰذا أَمرٌ ، والأَمرُ يَقتضي الوجوبَ) .

دليلُنا : أَنَّ الحقَّ قدْ تَعلَّقَ بذِمَّةِ المُحيلِ ، فلا يَملِكُ نَقلَهُ إِلىٰ غيرِ ذِمَّتهِ بغيرِ رِضا مَنْ لَهُ الحقُّ ، كما لو تَعلَّقَ الحقُّ بعينٍ . . فليسَ لهُ أَنْ يَنقلَهُ إِلىٰ عينٍ أُخرىٰ بغيرِ رِضا مَنْ لهُ الحقُّ . وأَمَّا الخبرُ : فمحمولٌ علىٰ الاستحبابِ .

وأَمَّا المُحيلُ : فإِنَّ البغداديِّينَ مِنْ أَصحابِنا قالوا : يُعتبرُ رِضاهُ ؛ لأَنَّ الحقَّ عليهِ ، فلا تَتَعيَّنُ عليهِ جهةُ قضائِهِ ، كما لو كانَ لهُ دَراهمُ في كِيسهِ . . فليسَ لصاحبِ الحقِّ أَنْ يُطالِبَ بإِجبارهِ علىٰ أَنْ يَقضيَهُ حقَّهُ مِنْ كِيسٍ معيَّنٍ .

وأَمَّا الخُراسانيُّونَ : فقالوا : هلْ يُعتبرُ رِضا المُحيلِ ؟ فيهِ وجهانِ ، وصُورتُها : أَنْ يقولَ المُحالُ عليهِ لرجلٍ : أَحَلتُكَ علىٰ نَفسي بالحقِّ الذي لكَ علىٰ فلانٍ . فإذا قالَ : قَبلتُ . . فهلْ يَصِحُّ ؟ علىٰ الوجهينِ ، بناءً علىٰ الوجهينِ فيما لو قالَ : ضَمِنتُ عنهُ بشرطِ أَنْ يُبرِئَهُ .

وعندي : أَنَّ هٰذينِ الوجهينِ إِنَّما يُتصوَّرانِ في المُحالِ عليهِ إذا لَمْ يَكنْ عليهِ حقٌّ للمُحيلِ ، وقلنا : تَصِحُّ الحَوالَةُ علىٰ مَنْ لا حقَّ لهُ عليهِ برضاهُ ، فأَمَّا إِذا كانَ للمُحيلِ علىٰ المُحالِ عليهِ حقٌّ . . فلا يَصِحُّ بغيرِ رضا المُحيلِ ، وجهاً واحداً .

وأَمَّا رِضا المُحالِ عليهِ إذا كانَ عليهِ حقٌّ للمُحيلِ . . فَهلْ يُعتبرُ في صِحَّةِ الحَوالَةِ رِضاهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهوَ قولُ ٱبنِ القاصِّ ، وأَبي سعيدٍ الإصطخريِّ ـ : أَنَّ الحَوالَةَ لا تَصِحُّ إلاَّ برضاهُ ، وهو قولُ الزهريِّ ؛ لأَنَّهُ أَحدُ مَنْ تَتِمُّ بهِ الحَوالَةُ ، فٱعتُبِرَ رِضاهُ ، كالمُحيلِ والمُحتالِ .

والثاني ـ وهوَ المذهبُ ـ : أَنَّ الحَوالَةَ تَصِحُّ مِنْ غيرِ رضاهُ ؛ لأَنَّ المُحيلَ أَقامَ المُحتالَ مَقامَهُ في القَبضِ ، فلَمْ يُعتبَرْ رِضا مَنْ عليهِ الحقُّ ، كما لو وكَّلَ مَنْ لهُ الحقُّ وكيلاً في القَبضِ . . فإِنَّهُ لا يُعتبَرُ رِضا مَنْ عليهِ الحقُّ .

مسأَلَةٌ : [الحوالة بيع أو رفق] :

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وٱختلفَ أَصحابُنا في الحَوالةِ ، هلْ هيَ بيعٌ ، أَو رِفقٌ ؟ علىٰ وجهينِ :

فـ[**الأَوّلُ**] : منهمْ مَنْ قالَ : إِنَّها رِفقٌ ؛ لقولهِ ﷺ : « فَإِذا أُحيلَ أَحدُكم علىٰ مَلِيءٍ . . فَلْيَحتَلْ » . فندَبَ إِلىٰ الحَوالةِ ، والبيعُ مباحٌ لا مندوبٌ إِليهِ ، وإِنَّما المَندوبُ إِليهِ الرِّفقُ ؛ لقولهِ ﷺ في القَرضِ : « قَرضُ دِرهَمٍ خَيرٌ مِنْ صَدَقَتِهِ »[1] ، ولأَنَّ الحَوالةَ لو كانتْ بَيعاً لدَخلَ فيها الفَضلُ ، ولَمَا صحَّتْ بالدَّينِ .

و[**الوجهُ الثاني**] : منهمْ مَنْ قالَ : إِنَّ الحَوالةَ بيعٌ ، إِلاَّ أَنَّ البيعَ ضربانِ : ضربٌ بلفظِ البيعِ ، فيدخلُهُ الرِّبحُ والفَضلُ والمُغابنةُ ، وضربٌ منهُ بغيرِ لفظهِ ، فيكونُ القَصدُ

---

(١) أخرجه عن أنس البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٥/ ٣٥٤) في البيوع : باب ما جاء في فضل الإقراض ، وفيه : قال أحمد : وجدته في المسند مرفوعاً ، فهبته ، فقلت : رفعه . قال المناوي في « فيض القدير » (٤/ ٥١٥) : القرض : الجزء من الشيء والقطع منه ، كأنه يقطع من ماله قطعة ليقطع له من ثوابه أقطاعاً مضافة . وعزاه إلىٰ النسائي ، وأبي نعيم ، والديلمي ، ولفظه : « قرض الشيء خير من صدقته » . وفي الباب :

عن ابن مسعود عند الطبراني في « الأوسط » ، وأبي نعيم في « الحلية » ، كما في « كنز العمال » (١٥٣٧٥) بلفظ : « كل قرض صدقة » .

منهُ الرِّفقَ ، فلا يَدخلُهُ الفَضلُ والمُغابنةُ ، ولأنَّها تَقتضي التَمليكَ ، كالبيعِ ؛ لأَنَّ المُحيلَ يُمَلِّكُ المُحتالَ ما لَهُ في ذِمَّةِ المُحالِ عليهِ ، إلاَّ أَنَّهما ٱختلفا في الاسمِ ليُعرَفَ بهِ المطلوبُ مِنْ كلِّ واحدٍ منهما .

فإذا قلنا : إنَّها رِفقٌ . . لَمْ يَدخلْها خيارُ المجلسِ ، كالقَرْضِ ، وإذا قلنا : إنَّها بيعٌ . . دَخلَها خيارُ المجلسِ ، كالصَّرْفِ ، وأَمَّا خيارُ الثلاثِ : فلا يَدخُلُها بالإِجماعِ ، **وعندي** : أَنَّ الوجهينِ في الحَوالةِ علىٰ مَنْ لا حقَّ لهُ عليهِ برضا المُحالِ عليهِ مَأخوذانِ مِنْ هٰذا ، فإذا قلنا : إنَّ الحَوالةَ رِفقٌ . . صَحَّتْ ، وإذا قلنا : إنَّها بيعٌ . . لَمْ تَصِحَّ .

مسأَلةٌ : [ٱنتقال الدين بالحوالة] :

إذا أَحالَ بالحقِّ . . ٱنتقلَ الدَّينُ مِنْ ذِمَّةِ المُحيلِ إلىٰ ذِمَّةِ المُحالِ عليهِ ، وبَرِئَتْ ذِمَّةُ المُحيلِ ، **وهوَ قولُ كافَّةِ العلماءِ** .

وقالَ زُفرُ : لا يَنتقِلُ الحقُّ مِنْ ذِمَّةِ المُحيلِ ، وإنَّما يكونُ لهُ مُطالبَةُ أَيِّهما شاءَ ، كالضَّمانِ .

دليلُنا : أَنَّ الحَوالةَ مُشتقَّةٌ مِنْ تَحويلِ الحقِّ ، والضَمانَ مُشتقٌّ مِنْ ضَمِّ ذِمَّةٍ إلىٰ ذِمَّةٍ ، فيَجبُ أَنْ يُعطىٰ كلُّ لفظٍ ما يَقتضيهِ .

إذا ثَبتَ : أَنَّ الحقَّ ٱنتقلَ مِنْ ذِمَّةِ المُحيلِ إلىٰ ذِمَّةِ المُحالِ عليهِ . . فإنَّ الحقَّ لا يَعودُ إلىٰ ذِمَّةِ المُحيلِ بإفلاسِ المُحالِ عليهِ ، ولا بموتهِ ، ولا بجحودهِ ويَمينهِ ، وبهِ قالَ مالكٌ ، واللَّيثُ ، وأَحمدُ ، ورُويَ ذٰلكَ عَنْ عليِّ بنِ أَبي طالبٍ[1] كرَّمَ اللهُ وجهَهُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يَرجعُ إليهِ في حالينِ : إذا ماتَ المُحالُ عليهِ مُفلِساً ، وإذا جَحَدَ الحقَّ وحلَفَ) .

---

(١) أخرج خبر علي عبد الرزاق في « المصنف » (١٥١٨٣) ، وابن حزم في « المحلىٰ » (٨/١٠٩) ، وذكره في « كنز العمال » (١٤٠٣٩) في الحوالة ، و« موسوعة فقه علي » (ص/٢٣٦) ، ولفظه : (لا يرجع علىٰ صاحبه إلا أن يفلس أو يموت) .

وقالَ محمَّدٌ ، وأَبو يُوسفَ : يَرجِعُ إِليهِ في هٰذينِ الحالينِ ، وفي حالةٍ ثالثةٍ : إِذا أَفلسَ المُحالُ عليهِ وحُجِرَ عليهِ .

وقالَ الحَكَمُ[1] : يَرجِعُ إِليهِ في حالةٍ واحدةٍ : إِذا ماتَ المُحالُ عليهِ مُفلِساً ، وأَيِسَ مِنَ الوصولِ إِلىٰ حقِّهِ .

دليلُنا : قولُهُ ﷺ : « مَطلُ ٱلغَنِيِّ ظُلْمٌ ، وإِذا أُتبِعَ أَحدُكُم علىٰ مَلِيءٍ . . فَلْيَتْبَعْ » .

قالَ الشافعيُّ : (فلمَّا نَدبَ المُحتالَ إِلىٰ ٱتِّباعِ المُحالِ عليهِ ، بشرطِ أَنْ يكونَ المُحالُ عليهِ مَليئاً . . عُلِمَ أَنَّ الحقَّ يَتحوَّلُ عَنِ المُحيلِ إِلىٰ ذِمَّةِ المُحالِ عليهِ تَحوُّلاً يَمنعُ المُحتالَ مِنَ الرجوعِ إِلىٰ المُحيلِ ، إِذْ لو كانَ لَهُ الرجوعُ إِليهِ . . لَمْ يَكنْ بِفقْدِ هٰذا الشرطِ عليهِ ضررٌ) .

قالَ أَصحابُنا : ولأَنَّ عمومَ الخَبرِ يَدلُّ علىٰ : أَنَّهُ يَتْبَعُ أَبداً وإِنْ ماتَ مُفلِساً ، أَو جَحَدَهُ فحلفَ[2] .

ورُوِيَ : أَنَّ أَبا سعيدِ بنِ المسيِّبِ كانَ لَهُ علىٰ عليِّ بنِ أَبي طالبٍ كرَّمَ اللهُ وجهَهُ حقٌّ ، فسأَلَهُ أَنْ يُحيلَهُ بهِ علىٰ رَجلٍ ، فأَحالهُ بهِ عليهِ ، فماتَ المُحالُ عليهِ ، فعادَ أَبو سعيدٍ يَسأَلُ عليّاً حقَّهُ ، فقالَ لَهُ عليٌّ : (ٱخترتَ علينا غيرَنا ، أَبعدكَ اللهُ)[3] . فثبَتَ أَنَّهُ إِجماعٌ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يُنكِر علىٰ عليٍّ أَحدٌ مِنَ الصحابةِ ، ولأَنَّهُ لا يَخلُو : إِمَّا أَنْ يكونَ بالحَوالةِ سَقطَ حقُّهُ منْ ذِمَّةِ المُحيلِ ، أَو لَمْ يَسقُط ، فإِنْ لَمْ يَسقُط حقُّهُ عنهُ . . كانَ لَهُ الرجوعُ عليهِ ، سواءٌ ماتَ المُحالُ عليهِ ، أَو لَمْ يَمُتْ ، وسواءٌ أَفلسَ ، أَو لَمْ يُفلِسْ ، وإِنْ كانَ قدْ سقَطَ حقُّهُ عنهُ ، فكيفَ يَرجِعُ بالإِعسارِ والجُحودِ ؟! لأَنَّ الحَوالةَ كالقَبضِ للحقِّ ، فلَمْ يَرجِعْ علىٰ المُحيلِ ، كما لو قَبضَ عَنْ حقِّهِ عِوَضاً ، فتَلِفَ في يدهِ .

---

(١) أي : ابن عتيبة مولى كنده ت (١١٥) هـ .

(٢) الجادة أن يقال : فيحلِّف ، والله أعلم .

(٣) أخرج خبر علي الختن ابن حزم في « المحلىٰ » (٨/١٠٩) ، وأورده د . القلعجي في « موسوعة فقه علي » (ص/٢٣٦) أيضاً ، وفيه : (أبعده الله) ، وقال : فلا منافاة بينه وبين ما ذكر ؛ لأنه ليس فيه التصريح ببراءة ذمة المسيب ، ولاحتمال كون الدعاء للتوجع مِمَّا وقع للمحال من التلف . والله أعلم . وفي نسخة (جدّ) بدل : (أب) .

فرعٌ : [تصحُّ الإحالة بعد القبض] :

إذا كانَ عليهِ دَينٌ لرجلٍ ، فأَحالهُ علىٰ مَنْ لَهُ عليهِ دَينٌ ، ثُمَّ إِنَّ المُحيلَ قَضىٰ المُحتالَ . . صَحَّ القضاءُ ، ولا يَرجِعُ المُحيلُ علىٰ المُحالِ عليهِ بشيءٍ إِذا قَضىٰ بغيرِ إذنهِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ وأَصحابُهُ : (يكونُ لَهُ الرجوعُ عليهِ) .

دليلُنا : أَنَّ الحَوالَةَ قدْ صَحَّتْ ، وإِنَّما تبرَّعَ بالقضاءِ عنهُ ، فلَمْ يَرجع عليهِ بشيءٍ ، ولأَنَّهُ لا يَملِكُ إِبطالَ الحَوالَةِ ، فكانَ بدفعهِ مُتبرِّعاً ، كما لو قَضىٰ عنهُ أَجنبيٌّ .

فرعٌ : [الإحالة علىٰ مجهول الحال] :

وإِنْ أَحالَ علىٰ رَجلٍ ، ولَمْ يَشترطْ أَنَّهُ مليءٌ ، أَو مُعسرٌ ، فبانَ أَنَّهُ مُعسِرٌ . . لَمْ يَرجعِ المُحتالُ علىٰ المُحيلِ ، سواءٌ عَلِمَ بإِعسارهِ أَو لَمْ يَعلَمْ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ .

وقالَ مالكٌ : (إِذا لَمْ يَعلَمْ بإِعْسَارهِ . . كانَ لَهُ الرجوعُ علىٰ المُحيلِ) .

دليلُنا : أَنَّ الإِعسارَ لو حَدثَ بعدَ الحَوالَةِ ، وقَبلَ القَبضِ . . لَمْ يَثبُتْ للمُحتالِ الخِيارُ ، فكذٰلكَ إِذا ثَبَتَ أَنَّهُ مُعسرٌ حالَ العقدِ .

وأَمَّا إِذا أَحالَهُ علىٰ رَجلٍ بشرطِ أَنَّهُ مَليءٌ . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فإِنْ قالَ : أَحلتُكَ علىٰ فلانٍ المُوْسِرِ ، أَو فلانٍ ، وهوَ مُوسِرٌ ، فقَبِلَ الحَوالَةَ ، ثُمَّ بانَ أَنَّهُ مُعسِرٌ . . فقدْ رَوىٰ المزنيُّ عَنِ الشافعيِّ : (أَنَّ المُحتالَ لا يَرجعُ علىٰ المُحيلِ أَبداً ، سواءٌ كانَ المُحالُ عليهِ غَنِيّاً أَو فقيراً ، أَفلسَ أَو ماتَ مُعْدَماً ، غَرَّهُ أَو لَمْ يَغُرَّهُ) .

واختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فقالَ أَبو العبّاسِ : لَهُ أَنْ يَرجعَ علىٰ المُحيلِ ، كما لو باعَهُ سِلعةً بشرطِ أَنَّها سَليمةٌ مِنَ العيبِ ، فبانَتْ بخلافِها . قالَ : وما نَقلَهُ المزنيُّ . . فلا أَعرِفُهُ للشافعيِّ في شيءٍ مِنْ كتُبهِ .

وقالَ أكثرُ أصحابِنا : ليسَ لَهُ أَنْ يَرجِعَ عليهِ ، كما نَقلَهُ المزنيُّ ؛ لأَنَّ الإعسارَ لو كانَ عيباً في الحَوالَةِ . . لثَبتَ لَهُ فيهِ الخِيارُ مِنْ غيرِ شَرطٍ ، كالعيبِ في المبيعِ ، ولأَنَّ التَفريطَ في البيعِ مِنْ جهةِ البائعِ حيثُ لَمْ يُبيِّنِ العيبَ في سِلعتِهِ ، فإِذا لَمْ يبيِّنْ . . ثبتَ للمشتري الخيارُ ، والتَفريطُ هاهنا مِنْ جهةِ المُحتالِ ، حيثُ لَمْ يَختبرْ حالَ المُحالِ عليهِ ، ولأَنَّ نفسَ السِّلعةِ حقٌّ للمشتري ، فإِذا وجدَها ناقصةً . . كانَ لَهُ الرجوعُ إِلىٰ الثَّمنِ ، وليسَ كذٰلكَ ذِمَّةُ المُحالِ عليهِ ؛ لأَنَّها ليستْ نفسُ حقِّ المُحتالِ ، وإِنَّما هيَ مَحلٌّ لِحَقّهِ ، فوجودُ الإِعسارِ بذِمَّةِ المُحالِ عليهِ ليسَ بنُقصانٍ في حقِّهِ ، وإِنَّما يتأخَّرُ حقُّهُ ، أَلا ترىٰ أَنَّهُ قدْ يَتوصَّلُ إِلىٰ حَقِّهِ مِنْ هٰذهِ الذِمَّةِ الخَرِبَةِ بأَنْ يُوسِرَ ، أَو يَستدينَ ، فيَقضيَهُ حقَّهُ ، بخلافِ المبيعِ إِذا وجدَهُ مَعيباً ؟

مسأَلةٌ : [لا تبطل الحوالة بعد قبضها إن وجد عيباً] :

وإِنِ ٱشترىٰ رَجلٌ مِنْ رَجلٍ عبداً بأَلفٍ ، ثُمَّ أَحالَ المشتري البائعَ بالأَلفِ علىٰ رَجلٍ عليهِ للمشتري أَلفٌ ، ثُمَّ وَجدَ المشتري بالعبدِ عَيباً ، فردَّهُ ، فإِنْ رَدَّهُ بعدَ أَنْ قَبَضَ البائعُ مالَ الحَوالَةِ . . ٱنفسخَ البيعُ ، ولَمْ تَبطُلِ الحَوالَةُ بلا خلافٍ علىٰ المذهبِ ، بَلْ قدْ بَرِئَتْ ذِمَّةُ المُحالِ عليهِ ، ويَرجِعُ المشتري علىٰ البائعِ بالثَّمنِ ، وإِنْ رَدَّهُ قبلَ قَبضِ البائعِ مالَ الحَوالَةِ . . فقدْ ذَكرَ المزنيُّ في « المختصرِ » : (أَنَّ الحَوالَةَ باطلةٌ) . وقالَ في « الجامعِ الكبيرِ » : (الحَوالَةُ ثابتةٌ) .

وٱختلفَ أَصحابُنا فيها علىٰ أَربعِ طُرُقٍ :

فـ[**الطريق الأولىٰ**] : قالَ أَبو إِسحاقَ ، وأَبو عليٍّ بنُ أَبي هريرةَ : تَبطُلُ الحَوالَةُ ، كما ذَكرَ في « المختصرِ » ؛ لأَنَّ الحَوالَةَ وقعتْ بالثَّمنِ ، فإِذا رَدَّ العبدَ بالعيبِ . . ٱنفسخَ البيعُ ، وسقَطَ الثَّمنُ ، فبطلتِ الحَوالَةُ .

و[**الطريق الثانية**] : قالَ أَبو عليٍّ في « الإِفصاحِ » : لا تَبطُلُ الحَوالَةُ ، كما ذَكرَ في « الجامعِ » ؛ لأَنَّ الحَوالَةَ كالقَبضِ ، فلَمْ تبطُلْ بردِّ المبيعِ ، كما لو قَبَضَ المُحتالُ مالَ الحَوالَةِ ، ثُمَّ وجَدَ المشتري بالعبدِ عَيباً ، فردَّهُ ، ولأَنَّ المُبتاعَ دَفعَ إِلىٰ البائعِ بدَلَ ما لهُ في ذِمَّتهِ ، وعَاوضَهُ بما في ذِمَّةِ المُحالِ عليهِ ، فإِذا ٱنفسخَ العقدُ الأَوَّلُ . . لَمْ يَنفسخِ

الثاني ، كما لو أَعطاهُ بالثَّمنِ ثوباً ، وسلَّمَهُ إِليهِ ، ثُمَّ وَجَدَ بالعبدِ عَيباً ، فردَّهُ . . فإِنَّ العقدَ لا يَنفسخُ في الثوبِ .

و[**الطريقُ الثالثةُ**] : منهمْ مَنْ قالَ : هيَ علىٰ حالينِ :

فـ[**الأَوَّلُ**] : حيثُ قالَ : (الحَوالَةُ باطلةٌ) أَرادَ : إِذا رَدَّ العبدَ قَبلَ أَنْ يَقبضَ البائعُ مالَ الحَوالَةِ .

و[**الثاني**] : حيثُ قالَ : (الحوالَةُ لا تَبطُلُ) أَرادَ : إِذا رَدَّ العبدَ بعدَ أَنْ يَقبِضَ البائعُ مالَ الحَوالَةِ .

و[**الطريقُ الرابعةُ**] : منهمْ مَنْ قالَ : بل هيَ علىٰ حالينِ آخرينِ :

فـ[**الأَوَّلُ**] : حيثُ قالَ : (تَبطُلُ الحَوالَةُ) أَرادَ : إِذا ٱدَّعىٰ المشتري وجودَ العيبِ ، وعَزاهُ إِلىٰ حالِ العقدِ ، فصدَّقهُ البائعُ ؛ لأَنَّ الحَوالَةَ تَمَّتْ بهما جميعاً ، فٱنحلَّتْ بهما .

و[**الثاني**] : حيثُ قالَ : (لا تَبطُلُ) أَرادَ : إِذا ٱدَّعىٰ المشتري أَنَّ العيبَ كانَ موجوداً حالَ العقدِ ، وقالَ البائعُ : بَلْ حَدثَ في يدكَ . وكانَ مِمَّا يُمكنُ حُدوثُهُ ، فلَمْ يَحلِفِ البائعُ ، وحَلَفَ المشتري . . فإِنَّ الحَوالَةَ لا تَنفسخُ ؛ لأَنَّ الحَوالَةَ تَمَّتْ بِهما ، فلا تَنفسخُ بأَحدِهما .

هٰذا إِذا كانَ الردُّ بعدَ مدَّةِ الخِيارِ ، فأَمَّا إِذا كانَ الردُّ في مدَّةِ الخيارِ : فإِنَّ البيعَ يَنفسخُ ، والحَوالَةَ تَبطُلُ ، وجهاً واحداً ، سواءٌ كانَ قَبلَ القَبضِ ، أَو بعدَهُ ؛ لأَنَّ البيعَ لا يَلزمُ قَبلَ ٱنقضاءِ الخيارِ ، وإِذا لَمْ يَلزمِ البيعُ . . لَمْ تَلزمِ الحَوالَةُ ؛ لأَنَّها مُتعلِّقةٌ بالثَّمنِ . هٰكذا ذَكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، وهٰذا يَدُلُّ مِنْ قولِهِ : إِنَّ الحَوالَةَ بالثَّمنِ في مدَّةِ الخِيارِ تَصِحُّ . وقدْ مَضىٰ فيها وجهانِ .

فرعٌ : [تصحُّ الحوالة مهراً] :

وإِنْ أَحالَ الزوجُ زوجتَهُ بالمَهرِ ، ثُمَّ ٱرتدَّتْ قَبلَ الدخولِ ، أَو وَجدَ أَحدُهما بالآخرِ عَيباً ، ففسخَ النكاحَ ، فإِنْ كانَ ذٰلكَ بعدَ أَنْ قَبضَتِ المرأَةُ مالَ الحَوالَةِ . . لَمْ تَبطلِ الحَوالَةُ ، وإِنْ كانَ ذٰلكَ قَبلَ القَبضِ . . فعلىٰ الخلافِ المذكورِ في البيعِ .

فرعٌ : [لا يضر العيب بالمشترىٰ حوالة] :

وإن أَحالَ البائعُ رَجلاً بالثَّمنِ علىٰ المشتري ، ثُمَّ وَجَدَ المشتري بالعبدِ عَيباً ، فردَّهُ . . لَمْ تَنفسخِ الحَوالَةُ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّهُ تَعلَّقَ بالحَوالَةِ ، حقُّ غيرِ المتعاقدينِ ، وهوَ الأَجنبيُّ ، فَلَمْ يَبطُلْ حقُّهُ بغيرِ رِضاهُ ، وهٰكذا لو أَحالتِ الزوجةُ بمَهرِها علىٰ الزوجِ رَجلاً ، ثُمَّ ٱرتدَّتْ قَبلَ الدخولِ . . لَمْ تَبطُلِ الحَوالَةُ ؛ لأَنَّهُ تَعلَّقَ بالحَوالَةِ حقُّ أَجنبيٍّ ، وهوَ المُحتالُ ، فلا تَبطُلُ مِنْ غيرِ رِضاهُ .

مسأَلَةٌ : [الحوالة لا تصحح العقد الفاسد] :

ولوِ ٱشترىٰ رَجلٌ مِنْ رَجلٍ عبداً بأَلفٍ ، ثُمَّ أَحالَ البائعُ رَجلاً لَهُ عليهِ أَلفٌ علىٰ المشتري ، ثُمَّ تَصادقَ البائعُ والمشتري : أَنَّ العبدَ كانَ حرّاً وقتَ البيعِ ، فإِنْ صدَّقَهما المُحتالُ علىٰ حُرِّيَّةِ العبدِ وقتَ البيعِ ، وأَنَّ الحَوالَةَ وقَعتْ بالثَّمنِ . . حُكِمَ ببُطلانِ الحَوالَةِ ، وكانَ للمُحتالِ أَنْ يُطالِبَ البائعَ بما لَهُ عليهِ ؛ لأَنَّ الحَوالَةَ وقَعتْ بالثَّمنِ وقدْ صدَّقَهما أَنَّهُ لا ثَمنَ للبائعِ علىٰ المشتري . وإِنْ كذَّبَهما المُحتالُ ، ولَمْ يَكنْ هناكَ بيِّنةٌ . . فالقولُ قولُ المُحتالِ معَ يَمينهِ ؛ لأَنَّ الحَوالَةَ تَمَّتْ بالمُحيلِ والمُحتالِ ، فلا تَنحلُّ إِلاَّ بِهما ، كما أَنَّ البيعَ لمَّا تَمَّ بالبائعِ والمشتري . . لا يَنفسخُ البيعُ إِلاَّ بِهما ، ولأَنَّهُ قدْ تَعلَّقَ بالثَّمنِ حقُّ غيرِ المُتبايعينِ[1] ، فلا يَبطُلُ حقُّهُ بقولِ المُتبايعينِ ، كما لوِ ٱشترىٰ عبداً ، فَقَبَضهُ ، وباعَهُ مِنْ آخرَ ، ثُمَّ ٱتَّفقَ المُتبايعانِ الأَوَّلانِ أَنَّ العبدَ كانَ حُرّاً . . فإِنَّهما لا يُقبَلانِ علىٰ المُبتاعِ الثاني ، فإِذا حَلفَ المُحتالُ . . قَبَض المالَ مِنَ المشتري ، وهلْ يَرجِعُ المشتري علىٰ البائعِ بذٰلكَ ؟ فيهِ وجهانِ :

[**أَحدُهما**] : قالَ صاحبُ « الفروعِ » : يَرجِعُ عليهِ ؛ لأَنَّ المشتريَ قَضىٰ عَنِ البائعِ دَينهُ بإِذنهِ ، فرجَعَ عليهِ .

و[**الثاني**] : قالَ الطبريُّ في « العُدَّةِ » : لا يَرجِعُ عليهِ ؛ لأَنَّ المشتريَ يُقِرُّ أَنَّ

---

(١) في نسخة : (المتعاقدين) .

المُحتالَ ظَلَمهُ بأَخذِ ذٰلكَ منهُ ، فلا يَرجِعُ بهِ علىٰ غير مَنْ ظَلَمهُ .

وإِنْ أَقامَ البائعُ أَوِ المشتري بيّنةً . . فهلْ تُسمعُ ؟ فيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : لا تُسمعُ ؛ لأَنَّهما كذّبا البيّنةَ بدخولِهما في البيعِ .

و[الثاني] : قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، وصاحبُ « الفروع » : إِنْ شَهِدتِ البيّنةُ : بأَنَّ العبدَ حُرُّ الأَصلِ ، وأَنَّ الحوالةَ وقعتْ بالثَّمنِ ، أَو شَهِدتْ : بأَنَّهُ حرُّ الأَصلِ ، وأَقرَّ المُحتالُ بأَنَّ الحَوالَةَ وقعتْ بالثَّمنِ . . بَطلتِ الحَوالَةُ ؛ لأَنَّهُ إِذا ثبتَ أَنَّهُ حرٌّ . . تبيَّنَّا أَنَّهُ لَمْ يَتعلَّقْ بذِمَّةِ المشتري شيءٌ ، فحُكِمَ ببُطلانِ الحَوالَةِ .

وإِنْ أَقامَ العبدُ بيّنةً بحرِّيّتهِ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : ثَبتتْ حُرِّيّتهُ ، وبَطَلتِ الحَوالَةُ . ولَمْ يَذكر لَهُ وجهاً ، **والذي يقتضي المذهبُ** : أَنَّ الحَوالَةَ لا تبطُلُ بذٰلكَ ؛ لأَنَّ العبدَ يُحكَمُ بحرِّيّتهِ بتَصادقِ البائعِ والمشتري ، ولا تَبطُلُ الحَوالَةُ بذٰلكَ ، فكذٰلكَ إِذا أَقامَ العبدُ بيّنةً ، ولأَنَّ المُتبايعَينِ إِذا كانا مُقِرَّينِ بحرِّيّتهِ ، فلا حاجةَ لنا إِلىٰ إِقامةِ البيّنةِ ، فلا تَبطُلُ الحَوالَةُ بإِقامتهِ للبيّنةِ .

وإِنْ صدَّقَهما المُحتالُ أَنَّهُ كانَ حُرّاً ، وٱدَّعىٰ أَنَّ الحَوالَةَ وَقعتْ بغيرِ الثَّمنِ ، وقالا : بَلْ وقعتْ بالثَّمنِ ، أَو أَقاما البيّنةَ أَنَّ العبدَ كانَ حُرّاً ، ولَمْ تُذكرِ البيّنةُ أَنَّ الحَوالَةَ وقعتْ بالثَّمنِ . . فالقولُ قولُ المُحتالِ معَ يَمينهِ ؛ لأَنَّهما يَدَّعيانِ ما يُفسدُها ، والأَصلُ صِحَّتُها .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : ويَحلِفُ علىٰ العِلمِ .

مسأَلةٌ : [الحوالة في القبض توكيل] :

قالَ أَبو العبّاسِ : إِذا كانَ لرجلٍ عندَ رَجلٍ أَلفٌ ، فقالَ مَنْ لَهُ الدَّينُ لرجلٍ لا شيءَ عليهِ لَهُ : أَحلتُكَ علىٰ فلانٍ بأَلفٍ . . فهٰذا توكيلٌ منهُ في القَبضِ ، وليسَ بحَوالةٍ ؛ لأَنَّ الحَوالَةَ إِنَّما تكونُ لِمَنْ لَهُ حقٌّ ، ولا حقَّ للمُحتالِ عليهِ هاهنا ، فثَبتَ أَنَّ ذٰلكَ توكيلٌ .

وإِنْ كانَ لزيدٍ علىٰ عَمرٍو أَلفُ دِرهَمٍ ، ولَعمرٍو علىٰ خالدٍ أَلفُ دِرهمٍ ، وٱختلفَ

زيدٌ وعَمرٌو ، فقالَ زيدٌ لعَمرٍو : أَحِلْني بالألفِ التي عليكَ لي بالألفِ التي لكَ علىٰ خالدٍ ـ بلفظِ الحَوالَةِ ـ وقالَ عمرٌو : بَلْ وكَّلتُكَ أَنْ تقبِضَها لي منهُ ـ بلفظِ الوكالةِ ـ فالقولُ قولُ عمرٍو ؛ لأنَّهما ٱختلفا في لفظِهِ ، وهوَ أعلمُ بلفظِهِ ، ولأنَّهُ قدْ ثَبتَ ٱستحقاقُ عَمرٍو للألْفِ في ذِمَّةِ خالدٍ ، وزيدٌ يَدَّعي أَنَّ مِلكَها قدِ ٱنتقلَ إليهِ بالحَوالَةِ ، والأَصلُ بَقاءُ مِلكِ عَمرٍو عليها ، وعدمُ مِلكِ زيدٍ .

وإنْ قالَ عَمرٌو لزيدٍ : أَحلتُكَ علىٰ خالدٍ بالأَلفِ التي لي عليهِ ، فقَبِلَ زيدٌ ، ثُمَّ ٱختلفا : فقالَ عَمرٌو : وكَّلتُكَ لتَقبِضَها لي منهُ ، ومعنىٰ قولي : أَحلتُكَ ، أَي : سلَّطتُكَ عليهِ . وقالَ زيدٌ : بَلْ أَحلتَني عليهِ بدَيني الذي لي عليكَ . . فٱختلفَ أَصحابُنا [على وجهين] :

فـ[**الوجه الأول**] : قالَ المزنيُّ : القولُ قولُ المُحيلِ ، وهوَ عَمرٌو ، وبهِ قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، والطبريُّ ، وأَبو إِسحاقَ ، وأَبو العبّاسِ ، **وأَكثرُ أصحابنا** ، وهوَ قولُ أَبي حنيفةَ ؛ لأَنَّهما قدِ ٱتَّفقا علىٰ مِلكِ عَمرٍو للأَلفِ التي في ذِمَّةِ خالدٍ ، وٱختلفا في ٱنتِقالِها إلىٰ زيدٍ ، وهوَ المُحتالُ ، فكانَ القولُ قولَ عَمْرٍو ؛ لأَنَّ الأَصلَ بقاءُ مِلكِهِ عليها وإِنْ كانَ الظاهرُ معَ زيدٍ ، كما لو كانَ لرجلٍ عبدٌ في يدِ آخرَ ، فٱدَّعىٰ مَنْ هوَ في يدهِ أَنَّ مالكَهُ وَهبَهُ منهُ ، وقالَ المالكُ : بَلْ أَعرتُكَهُ . . فالقولُ قولُ المالكِ ، وكما لو كانتْ دارٌ في يدِ رَجلٍ ، فٱدَّعىٰ رَجلٌ أَنَّهُ وَرِثَها مِنْ أَبيهِ ، أَوِ ٱبتاعَها ، وأَقامَ علىٰ ذٰلكَ بيِّنَةً ، وٱدَّعىٰ مَنْ هيَ بيدهِ أَنَّها مِلكُهُ . . فإِنَّهُ يُحكَمُ بها لصاحبِ البيِّنةِ ؛ لأَنَّهُ قدْ عُرِفَ لهُ أَصلُ مِلكٍ وإِنْ كانَ الظاهرُ معَ صاحبِ اليدِ .

والوجه الثاني ـ حكاهُ الشيخُ أَبو إِسحاقَ ، وٱبنُ الصبّاغِ، عَنْ أَبي العبّاسِ ـ : أَنَّ القولَ قولُ زيدٍ ، وهوَ المُحتالُ ؛ لأَنَّ ٱسمَ الحَوالةِ موضوعٌ لتَحويلِ الحقِّ مِنْ ذِمَّةٍ إِلىٰ ذِمَّةٍ ، فكانَ اللَّفظُ يَشهدُ لَهُ ، كما لو تنازَعا داراً ، وهيَ في يدِ أَحدِهما . . فالقولُ قولُهُ . **والأَوَّلُ أَظهرُ** .

فإِذا قلنا : إِنَّ القولَ قولُ المُحيلِ ، فحَلَفَ . . ثَبتتِ الوكالةُ لَهُ ، فإِنْ كانَ زيدٌ قدْ قَبَضَ الحقَّ مِنْ خالدٍ . . فقدْ برِئَتْ ذِمَّةُ خالدٍ ؛ لأَنَّهُ دفعَ دفعاً مَأذوناً فيهِ ، إِمَّا مِنْ جهةِ الحَوالةِ ، أَوِ الوَكالةِ . فإِنْ كانَ الحقُّ باقياً في يدِ القابضِ . . لَزِمَهُ دفعُهُ إِلىٰ المُحيلِ

بظاهرِ الحُكمِ ؛ لأَنَّهُ قدْ أَثبتَ بيَمينهِ : أَنَّهُ وكيلُهُ ، فإذا رَدَّهُ عليهِ . . فهلْ للمُحتالِ أَنْ يَرجِعَ بحقِّهِ علىٰ المُحيلِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَرجِعُ ، وهوَ ٱختيارُ ٱبنِ الصبَّاغِ ؛ لأَنَّهُ إنْ كانَ وكيلاً . . فحقُّهُ باقٍ في ذِمَّةِ المُحيلِ ، وإنْ كانَ مُحتالاً . . فقدْ أَخذَ منهُ المُحيلُ ما كانَ أَخذَهُ ، وذٰلكَ ظُلمٌ منهُ ، فرجَعَ عليهِ بهِ ؛ لأَنَّهُ واجبٌ عليهِ بقولِهما .

والثاني : لا يَرجِعُ عليهِ في ظَاهرِ الحُكمِ ، وهوَ ٱختيارُ الشيخِ أَبي حامدٍ ؛ لأَنَّهُ يُقِرُّ أَنَّهُ قَبَضَ حقَّهُ مِنَ المُحالِ عليهِ ، ولٰكنْ يَرجِعُ عليهِ فيما بَينَهُ وبينَ اللهِ تعالىٰ ، فإنْ كانَ قادراً علىٰ أَخذِ حقِّهِ مِنَ المُحيلِ مِنْ غيرِ هٰذا المَقبوضِ . . لَمْ يَحِلَّ لهُ إِمساكُ هٰذا المَقبوضِ ؛ لأَنَّ مَنْ عليهِ حقٌّ لغيرِهِ . . فلهُ أَنْ يُقبضَهُ مِنْ أَيِّ جهةٍ شاءَ ، وإنْ كانَ لا يَقدِرُ علىٰ أَخذِ حقِّهِ منهُ . . حلَّ لهُ إِمساكُ هٰذا المَقبوضِ فيما بَينَهُ وبينَ اللهِ تعالىٰ ، وإنْ كانَ المَقبوضُ قدْ تَلِفَ في يدِ القابضِ ، فإنْ تَلِفَ في يدهِ بتفريطٍ منهُ ، أَو أَتلفَهُ . . فقد وَجبَ عليهِ مثلُ حقِّهِ في ظاهرِ الحكمِ، ويَتقاصَّانِ ، وإنْ تَلِفَ في يدهِ بغيرِ تَفريطٍ . . فلا تَراجُعَ بينَهما ؛ لأَنَّ المُحيلَ يقولُ : تَلِفَ مالي في يدِ وكيلي علىٰ وجهِ الأَمانةِ ، فلا شيءَ عليهِ لي ، ولٰكنْ عندي لَهُ أَلفٌ لا يَدَّعيها ، والقابضُ يقولُ : تَلِفَ مالي في يدي ، فلَمْ يَرجِعْ أَحدُهما علىٰ الآخرِ بشيءٍ ، كما لو تزوَّجَ ٱمرأَةً بأَلفٍ ، وسلَّمَها إليها ، ثُمَّ طلَّقَها ، فقالَ : طلَّقتُكِ بعدَ الدخولِ ، فليَ الرَّجعةُ ، وعليكِ العِدَّةُ ، ولا رُجوعَ لي عليكِ بشيءٍ مِنَ المَهرِ ، وقالتِ المرأَةُ : بَلْ طلَّقتني قَبلَ الدخولِ ، فلا عِدَّةَ عليَّ ، ولا رَجعةَ لكَ ، ولكَ الرجوعُ عليَّ بنصفِ المَهرِ . . فالقولُ قولُها معَ يَمينِها ، فإذا حَلفَتْ . . فلا رَجعةَ لَهُ ، ولا عِدَّةَ عليها ، ولا رُجوعَ لهُ عليها .

وأَمَّا إذا كانَ المُحتالُ لَمْ يَقبِضِ الحقَّ . . فللمُحيلِ مُطالَبةُ المُحالِ عليهِ بحقِّهِ ؛ لأَنَّهُ قدْ أَثبتَ بيَمينهِ وكالةَ المُحتالِ .

قالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ ، وٱبنُ الصبَّاغِ : وقدِ ٱنعزلَ عنِ الوكالةِ بإِنكارهِ لها .

وقالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : للموكِّلِ أَنْ يَعزِلَهُ . وهٰذا يَدلُّ مِنْ قولهِ : علىٰ أَنَّهُ لَمْ يَنعزِلْ بالإِنكارِ .

فإذا قَبَضَ المُحيلُ الحقَّ مِنَ المُحالِ عليهِ . . فهلْ للمُحتالِ أَنْ يَرجِعَ علىٰ المُحيلِ بحقِّهِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حَكاهُما الشيخُ أبو حامدٍ :

أَحدُهما : يَرجِعُ ؛ لأنَّا قدْ حَكمنا بأَنَّهُ وكيلٌ .

والثاني : لا يَرجِعُ علىٰ المُحيلِ ؛ لأَنَّهُ يقولُ : حقِّي في ذِمَّةِ المُحالِ عليهِ ، والمُحيلُ قدْ أَخذَهُ ظُلماً . فلا يَستحِقُّ الرجوعَ عليهِ بشيءٍ .

وعندي : أَنَّهُ لا يرجعُ عليه هاهنا ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّهُ يُقِرُّ أَنَّ حقَّهُ في ذِمَّةِ المُحالِ عليهِ لَمْ يَتعيَّنْ فيما قَبَضهُ المُحيلُ مِنَ المُحالِ عليهِ ، بخلافِ ما لو قَبَضَ المُحتالُ ، ثُمَّ أَخذَهُ منهُ المُحيلُ . . فإِنَّهُ يُقِرُّ أَنَّ حقَّهُ قدْ تَعيَّنَ فيما قَبَضهُ ، معَ أَنَّهُ قدْ قيلَ للشيخِ أَبي حامدٍ : فإِنْ وَجدَ المُحيلُ[1] للمُحالِ عليهِ مالاً . . هل يَحِلُّ لهُ أَخذُهُ فيما بَينَهُ وبينَ اللهِ تعالىٰ ؟ فقالَ : يَحِلُّ لهُ ؛ لأَنَّهُ يقولُ : حقِّي في ذِمَّتهِ . وهٰذا يدلُّ علىٰ ما ذكرتُهُ .

وإِنْ قلنا : القولُ قولُ المُحتالِ ، فحَلَفَ . . فَحُكمُهُ حُكمُ الحَوالةِ الصحيحةِ ، لَهُ أَنْ يَقبِضَ حقَّهُ مِنَ المُحالِ عليهِ ، وإِنْ كانَ قدْ قَبَضَهُ . . فقدْ بَرِئَتْ ذِمَّةُ المُحالِ عليهِ ، وإِنِ اتَّفقا أَنَّ المُحيلَ قالَ : أَحلتُكَ بالحقِّ الذي عليَّ لكَ علىٰ فلانٍ ، ثُمَّ قالَ المُحيلُ : أَردْتُ بذٰلكَ : الوَكالةَ ، وقالَ المُحتالُ : بَلْ أَحلْتَني . . فالقولُ قولُ المُحتالِ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّ ذٰلكَ لا يَحتمِلُ إِلاَّ تَحويلَ الحقِّ ، وإِنْ قالَ : أَحلتُكَ علىٰ فلانٍ بمَالِي عليهِ ، ثُمَّ قالَ المُحيلُ : أَردتُ بذٰلكَ : أَحلتُكَ بدَيْنِكَ الذي لكَ عليَّ عليهِ ، وقالَ المُحتالُ : بَلْ وكَّلْتني بذٰلكَ لأَقبِضَه لكَ ، وحقِّي باقٍ في ذِمَّتِكَ . . فعلىٰ قولِ المزنيِّ ومَنْ تابَعَهُ : القولُ قولُ المُحتالِ ؛ لأَنَّ المُحيلَ قدْ أَقرَّ بثبوتِ الحقِّ لهُ في ذِمَّتهِ ، ويَدَّعي انتقالَ ذٰلكَ عَنْ ذِمَّتهِ ، والأَصلُ بقاؤهُ في ذِمَّتهِ . وعلىٰ قولِ مَنْ خالفَ المزنيَّ فيها مِنْ أَصحابِنا : القولُ قولُ المُحيلِ ؛ لأَنَّ اللَّفظَ يَشهدُ لَهُ .

فإِنْ قلنا : القولُ قولُ المُحتالِ ، فحَلَفَ . . ثَبتَ أَنَّهُ وكيلٌ ، فإِنْ كانَ قدْ قَبَضَ الحقَّ مِنَ المُحالِ عليهِ . . فقد بَرِئَتْ ذِمَّتُهُ ؛ لأَنَّهُ دَفْعٌ مَأذونٌ فيهِ ، فإِنْ كانَ ما قَبَضهُ باقياً . . قالَ لَهُ الحاكمُ : أَنتَ تَدَّعي علىٰ المُحيلِ أَلفاً ، وفي يدِكَ لَهُ أَلفٌ ، فَخُذْهُ بحقِّكَ ، وإِنْ

---

(١) في (م) : (المحتال) .

كانَ تالِفاً ، فإنْ كانَ تلَفُهُ بتفريطٍ منهُ . . ثبتَ ذٰلكَ في ذِمَّتِهِ للمُحيلِ ، ولَهُ[١] مِثلُ ذٰلكَ ، فيتقاصَّانِ ، وإنْ تلِفَ بغيرِ تفريطٍ منهُ . . لَمْ يلزمْهُ ضمانُهُ[٢] ؛ لأنَّهُ وكيلٌ تلِفَ المالُ في يدهِ بغيرِ تفريطٍ ، وللمُحتالِ أنْ يرجعَ بحقِّهِ علىٰ المُحيلِ ، فإذا رجعَ عليهِ . . قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : حلَّ للمُحيلِ أنْ يأخذَ مِنْ مالِ المُحتالِ مثلَ ما أخذَهُ منهُ فيما بينَهُ وبينَ اللهِ تعالىٰ ؛ لأنَّهُ يقولُ : قدْ أحلتُهُ بحقِّهِ ، وما أخذَهُ منِّي بعدَ ذٰلكَ أخذَهُ ظُلماً . وإنْ كانَ المُحتالُ لَمْ يقبضِ الحقَّ مِنَ المحالِ عليهِ . . فلهُ أنْ يرجعَ بحقِّهِ علىٰ المحيلِ ؛ لأنَّهُ قدْ أثبتَ بيمينهِ أنَّهُ وكيلٌ للمُحيلِ ، ولهُ أنْ يعزِلَ نفسَهُ عَنِ الوكالةِ ، فإذا أخذَ حقَّهُ مِنَ المُحيلِ . . فهلْ للمُحيلِ أنْ يرجِعَ علىٰ المُحالِ عليهِ بشيءٍ ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : لا يَرجِعُ عليهِ بشيءٍ ؛ لأنَّهُ قدْ أقرَّ : أنَّهُ لا شيءَ لَهُ في ذِمَّتهِ ، بَلْ ذٰلكَ للمُحتالِ .

والثاني : لهُ أنْ يَرجِعَ عليهِ ؛ لأنَّ المُحتالَ إنْ كانَ صادقاً . . فإنَّ الذي في ذِمَّةِ المُحالِ عليهِ للمُحيلِ ، وإنْ كانَ المُحتالُ كاذِباً . . فقدِ ٱستحقَّ المُحيلُ علىٰ المُحتالِ ما أخذَهُ منهُ ظلماً ، وللمُحتالِ حقٌّ علىٰ المُحالِ عليهِ يُمكنُهُ أخذُهُ عَنْ حقِّهِ .

فإذا قُلنا : يَرجِعُ عليهِ . . **فالذي يقتضي المذهبُ** : أنَّهُ يَرجِعُ عليهِ بأقلِّ الأمرينِ مِمَّا أخذَهُ منهُ المُحتالُ ، أوِ الدَّينِ الذي علىٰ المُحالِ عليهِ ؛ لأنَّهُ إنْ أعطىٰ المُحتالَ أكثرَ مِنْ حقِّهِ . . لَمْ يَستحِقَّ الرجوعَ علىٰ المُحالِ عليهِ بأكثرَ مِمَّا عندَهُ ، وإنْ أعطىٰ المُحتالَ أقلَّ مِنْ حَقِّهِ . . فهوَ يُقِرُّ أنَّ جميعَ ما علىٰ المُحالِ عليهِ للمُحتالِ ، وإنَّما يرجِعُ مِنْ مالهِ بالقَدْرِ الذي أخذَ منهُ ، وما زادَ عليهِ يُقِرُّ بهِ للمُحتالِ .

وإنْ قلنا : القولُ قولُ المُحيلِ ، فحلَفَ . . بَرِىءَ مِنْ دَينِ المُحتالِ ، وكانَ للمُحتالِ مُطالَبةُ المُحالِ عليهِ ، إمَّا بحُكمِ الحَوالَةِ ، أوِ الوَكالةِ ، فإذا أخذَ منهُ المالَ . . أمسَكَهُ بحقِّهِ ؛ لأنَّ المُحيلَ يقولُ : هوَ لَهُ بحقِّ الحَوالَةِ . والمُحتالَ يقولُ : هوَ للمُحيلِ ، ولي عليهِ مثلُهُ . وهوَ غيرُ قادرٍ علىٰ حقِّهِ مِنْ جهةِ المُحيلِ ، فكانَ لَهُ أخذُهُ .

---

(١) في (م) : (وعلىٰ المحيل له) .
(٢) في نسخة : (ثبت ذٰلك في ذمته) .

مسألةٌ : [تصديق المحال يوجب دفع المال] :

إذا كانَ لزيدٍ علىٰ عَمرٍو أَلفُ دِرهمٍ ، ولخالدٍ علىٰ زيدٍ أَلفُ دِرهمٍ ، فجاءَ خالدٌ إلىٰ عَمرٍو ، وقالَ : قدْ أَحالَني زيدٌ بالألفِ التي عليكَ لَهُ ، فإنْ صدَّقهُ . . وَجبَ عليهِ دَفعُ المالِ إليهِ ، ثُمَّ يُنظرُ في زيدٍ : فإنْ صدَّقهُ . . فلا كلامَ ، وإنْ كذَّبهُ . . كانَ القولُ قولَهُ معَ يَمينِهِ ؛ لأنَّ الأَصلَ عدمُ الحَوالَةِ ، فإذا حَلَفَ . . رَجعَ زيدٌ بالأَلفِ علىٰ عَمرٍو ، ولا يَرجعُ خالدٌ علىٰ زيدٍ بشيءٍ ؛ لأنَّهُ إنْ كانَ قدْ قَبَضَ حقَّهُ مِنْ عَمرٍو . . فقدِ ٱستوفاهُ ، وإنْ لَمْ يَقبِضْهُ . . فلَهُ أَنْ يُطالبَهُ بحقِّهِ ؛ لأنَّهما مُتصادقانِ علىٰ الحَوالَةِ .

وإنْ كذَّبَ عَمرٌو خالداً ، ولا بيِّنَةَ . . فالقولُ قولُ عَمرٍو معَ يَمينهِ ؛ لأنَّ الأَصلَ عدمُ الحَوالَةِ ، فإذا حَلَفَ . . سقَطَتْ دَعوىٰ خالدٍ ، ولَمْ يَكنْ لخالدٍ الرجوعُ علىٰ زيدٍ بشيءٍ ؛ لأنَّهُ يُقِرُّ أَنَّ ذِمَّتَهُ قدْ بَرِئَتْ مِنْ حقِّهِ ، ثُمَّ يُنظَرُ في زيدٍ : فإنْ كانَ كذَّبَ خالداً . . كانَ لَهُ مُطالَبةُ عَمرٍو بدَينهِ ، وإنْ صدَّقَ خالداً . . ففيهِ وجهانِ :

[**أَحدُهما**] : **قالَ عامَّةُ أَصحابِنا** : يَبرأُ عَمرٌو مِنْ دَينِ زيدٍ ؛ لأنَّهُ قدْ أَقرَّ بذٰلكَ .

و[**الثاني**] : قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : إذا قلنا : ليسَ مِنْ شَرطِ الحَوالَةِ رِضا المُحالِ عليهِ . . فإنَّ الحَوالَةَ تَثبتُ بتَصادقِ المُحيلِ والمُحتالِ .

فرعٌ : [الحوالة علىٰ غائب] :

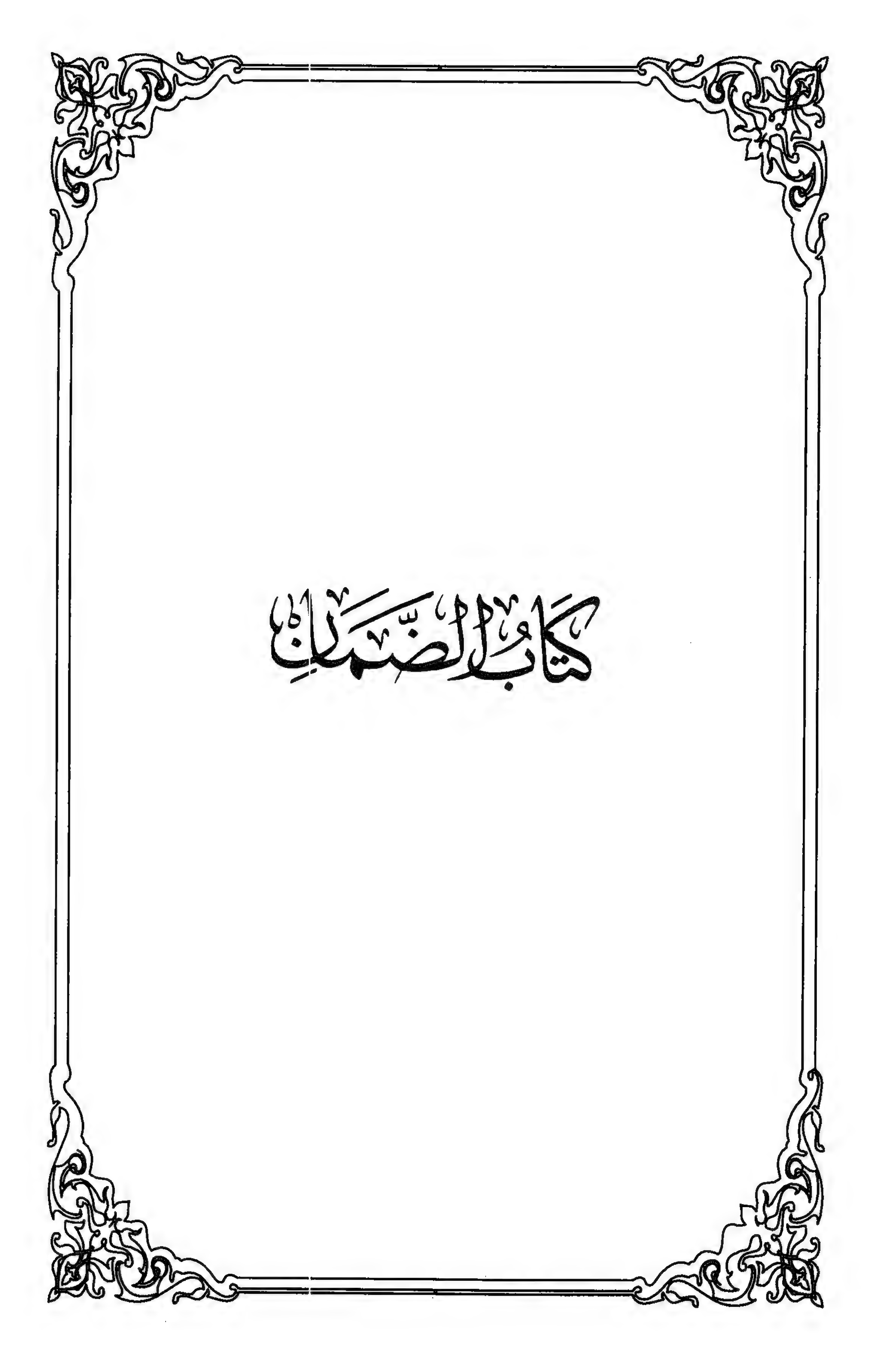
إذا كانَ لرجلٍ علىٰ رَجلٍ أَلفُ دِرهمٍ ، فطَالبَهُ بها ، فقالَ مَنْ عليهِ الدَّينُ : قدْ أَحلتَ بها عليَّ فلاناً الغائبَ ، وأَنكرَ المُحيلُ . . فالقولُ قولُهُ معَ يَمينهِ ؛ لأنَّ الأَصلَ عدمُ الحَوالَةِ ، فإنْ أَقامَ مَنْ عليهِ الدَّينُ بيِّنةً بالحَوالَةِ . . قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : سُمِعَتِ البيِّنةُ لإسقاطِ حقِّ المُحيلِ عنهُ ، ولا يَثبتُ بها الحقُّ للغائبِ ؛ لأنَّ الغائبَ لا يُقضىٰ لَهُ بالبيِّنةِ ، فإذا قَدمَ الغائبُ ، وٱدَّعىٰ . . فإنَّما يَدَّعي علىٰ المُحالِ عليهِ دونَ المُحيلِ ، وهوَ مُقِرٌّ لَهُ بذٰلكَ ، فلا يَحتاجُ إلىٰ إقامةِ البيِّنةِ .

ولَوِ ٱدَّعىٰ رَجلٌ علىٰ رَجلٍ أَنَّهُ أَحالهُ علىٰ فلانٍ الغائبِ ، وأَنكرَ المُدَّعىٰ عليهِ . .

فالقولُ قولُهُ معَ يَمينهِ ، وإنْ أَقامَ المُدَّعي بَيِّنةً . . ثَبتَ في حقِّهِ وحقِّ الغائبِ ؛ لأَنَّ البيِّنةَ يُقضىٰ بها علىٰ الغائبِ ، فإنْ شَهِدَ للمُحتالِ ٱبناهُ . . لَمْ تُقبلْ شَهادتُهما ؛ لأَنَّهما يَشهدانِ لأَبيهِما ، وإنْ شَهِدَ لَهُ ٱبنا المُحالِ عليهِ ، أَوِ ٱبنا المُحيلِ . . قُبِلتْ شَهادتُهما ؛ لأَنَّهما يَشهدانِ علىٰ أَبيهما .

وباللهِ التوفيقُ

* * *



كِتَابُ الضَّمَانِ

البيان البيان البيان
البيان البيان البيان
البيان البيان البيان
البيان البيان البيان
البيان البيان البيان
البيان البيان البيان

كتاب الضمان(١)

الأَصلُ في جوازِ الضَّمانِ : الكتابُ ، والسنَّةُ ، والإجماعُ :

أَمَّا الكتابُ : فقولُهُ تعالىٰ : ﴿ قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾(٢) [يوسف : ٧٢] .

قالَ ٱبنُ عبّاسٍ : (الزعيمُ : الكفيلُ) .

وأَمَّا السنَّةُ : فروىٰ أَبو أُمامةَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ خطبَ يومَ فتحِ مكَّةَ ، فقالَ : « أَلاَ إِنَّ

(١) **الضمان** ـ قال ابن فارس في « معجم مقاييس اللغة » (ص/٦٠٣) : الضاد والميم والنون أصل صحيح ـ : وهو جعل الشيء يحويه ، من ذلك قولهم : ضمنتُ الشيء : إذا جعلتَه في وعائه ، والكفالة تسمىٰ : ضماناً من هٰذا ؛ لأنه كأنه إذا ضمنه . فقد استوعب ذمته . وقال النواوي في « تهذيب الأسماء » (٢/١٨٣) ، عن صاحب « المحكم » : ضمن الشيء وبه ضمناً وضماناً وضمنه إياه كفله ، فجعله يتعدىٰ بنفسه وبحرف الجر . قال الهروي : وقوله في الحديث : « الإمام ضامن » يريد : أنه يحفظ علىٰ القوم صلاتهم .

ومعنىٰ الضمان لغة : الحفظ والرعاية والالتزام ، وشرعاً : يقال لالتزام حقٍّ ثابت في ذمة الغير ، أو إحضاره من هو عليه ، أو إحضار عين مضمونة ، ويطلق علىٰ العقد الذي يحصل به ذلك .

ويسمَّىٰ الملتزم لذلك : ضامناً ، وضميناً ، وحَميلاً ، وزعيماً ، وكافلاً ، وصَبيراً ، وقبيلاً . قال المازري : غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال ، والحميل في الديات ، والزعيم في الأموال العظام ، والكفيل في النفوس ، والصبير في الجميع .

وأركان **ضمان المال خمسة** : ضامن ، ومضمون له ، ومضمون عنه ، ومضمون به ، وصيغة .

(٢) إنما هٰذه الآية الكريمة تحكي حال شرع من قبلنا ، وفي كون شرع من قبلنا شرعاً لنا خلاف بين الفقهاء وعلىٰ الصحيح من المذهب : ليس شرع من قبلنا بشرعٍ لنا ، وعليه لا يكون للمذهب في الآية دليلٌ على الضمان ، ولكن يستأنس بها لكتاب الضمان ، والله أعلم .

ٱللهَ تَعالىٰ قَدْ أَعْطَىٰ كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ ، وَلاَ تُنْفِقِ ٱمْرَأَةٌ شَيْئاً مِنْ بَيْتِهَا إِلاَّ بِإِذْنِ زَوْجِها ، وٱلْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ ، وَٱلمِنْحَةُ مَرْدُوْدَةٌ ، وٱلدَّيْنُ مَقْضِيٌّ ، وٱلزَّعِيْمُ غَارِمٌ »[١] . و(الزعيمُ) : الضَّمينُ ، فلولا أَنَّ الضَّمانَ يَلزمُهُ إِذا ضَمِنَ . لَمْ يَجعَلْهُ غَارماً .

ورَوىٰ قَبيصةُ بنُ المخارقِ رضيَ اللهُ عنهُ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « لاَ تَحِلُّ ٱلصَّدَقَةُ إِلاَّ لِثَلاَثَةٍ » فذكرَ : « رَجلاً تَحمَّلَ بِحَمَالَةٍ ، فحلَّتْ لَهُ ٱلمسأَلةُ حتَّىٰ يُؤَدِّيَها ، ثُمَّ يُمسِكُ » . فأَباحَ لَهُ الصَّدقةَ حتَّىٰ يُؤَدِّيَ ، فدلَّ علىٰ : أَنَّ الحَمَالةَ[٢] قد لَزِمَتْهُ .

وأَمَّا الإِجماعُ : فإِنَّ أَحداً مِنَ العلماءِ لَمْ يُخالِفْ في صِحَّةِ الضَّمانِ ، وإِنِ ٱختلفوا في فروعٍ منه[٣] .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّهُ يقالُ : زعيمٌ ، وضمينٌ ، وحميلٌ ، وكفيلٌ ، وقبيلٌ بمعنىً واحدٍ[٤] .

مسأَلةٌ : [ضمان دين الميت] :

يَصِحُّ ضَمانُ الدَّينِ عَنِ الميِّتِ ، سواءٌ خَلَّفَ وفاءً لدَينهِ أَو لَمْ يُخلِّفْ ، وبهِ قالَ مالكٌ ، وأَبو يُوسفَ ، ومحمَّدٌ .

---

(١) أخرجه عن أبي أمامة الباهلي بألفاظ متقاربة عبد الرزاق في « المصنف » (١٤٧٩٦) ، وأبو داود (٣٥٦٥) ، ومختصراً الترمذي (١٢٦٥) في البيوع ، وابن ماجه (٢٤٠٥) في الصدقات ، وابن حبان في « الإحسان » (٥٠٩٤) بإسناد قوي . قال الترمذي : حديث حسن ، وقد روي أيضاً عن سمرة ، وصفوان ، وأنس . وسلف .

(٢) **الحمالة** ـ بالفتح ـ : ما يتحمله الإنسان عن غيره من دية أو غرامة . كأن يتحمل ديات قتلىٰ ليصلح ذات البين . والتحمُّل : أن يحملها عنهم علىٰ نفسه .

(٣) قال في « رحمة الأمة » (ص/ ٣١٢) : اتفق الأئمة علىٰ جواز الضمان ، وأنه لا ينتقل الحقُّ عن المضمون بنفس الضمان ، بل الدين باق في ذمته لا يسقط عن ذمته إلا بالأداء .

(٤) سلف نحوه ، وجمع بعضهم معاني هٰذه الكلمات فقال :

ضمان بمال والزعيم به إذا ... يكون عظيماً والكفيل بأبدان
حميل بديات صبير يعمُّها ... كذاك قبيل قد أتاك بإتقان

وقالَ الثوريُّ ، وأَبو حنيفةَ : (لا يَصِحُّ الضَّمانُ عَنِ الميِّتِ إِذا لَمْ يُخلِّفْ وفاءً لمالِهِ ، أَو بضمانِ ضامنٍ) .

دليلُنا : ما روىٰ أَبو هريرةَ قالَ : كانَ النبيُّ ﷺ يُؤتىٰ بالمُتوفَّىٰ وعليهِ دَينٌ ، فيقولُ : « هَلْ خَلَّفَ لِدَيْنِهِ قَضاءً ؟ » ـ ورُوِيَ : « وفاءً » ـ فإِنْ قيلَ لَهُ : لَمْ يُخَلِّفْ وفاءً . . قالَ للمسلمينَ : « صَلُّوا عَلَيْهِ » ، فلمَّا فتحَ اللهُ عليهِ الفتوحَ . . قالَ : « مَنْ خَلَّفَ مَالاً . . فَلِوَرَثَتِهِ ، وَمَنْ خَلَّفَ دَيْناً . . فَعَلَيَّ قَضاؤُهُ »[1] . فَضمِنَ ﷺ القَضاءَ .

ورَوىٰ جابرٌ رضيَ اللهُ عنهُ ، قالَ : ماتَ منَّا رَجلٌ ، فغسَّلناهُ ، وحنَّطناهُ ، وكفَّنَّاهُ ، فأَتينا بهِ النبيَّ ﷺ ، فقلنا لهُ : صلِّ عليهِ ، فقالَ ﷺ : « هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ؟ » ، فقلنا : نعم ، دِينارانِ . فقالَ : « صَلُّوا عَلىٰ صَاحِبِكُمْ » ، وٱنصرفَ ، فَتحمَّلَها أَبو قتادةَ رضيَ اللهُ عنهُ وأَرضاهُ ، وقالَ : هُما عليَّ يا رسولَ اللهِ ، فقالَ ﷺ : « حَقُّ ٱلْغَرِيْمِ عَلَيْكَ ، وَٱلْمَيِّتُ مِنْهُ بَرِيءٌ ؟ » ، فقالَ : نعم ، فصلَّىٰ عليهِ[2] .

---

(١) أخرجه عن أبي هريرة البخاري (٢٢٩٨) في الكفالة ، باب : الدين ، ومسلم (١٦١٩) في الفرائض ، والترمذي (١٠٧٠) ، والنسائي في « المجتبىٰ » (١٩٦٣) في الجنائز ، وابن ماجه (٢٤١٥) في الصدقات ، ولفظه : أن رسول الله ﷺ كان يؤتىٰ بالرجل الميت عليه الدين ، فيسأل : « هل ترك لدَينه من قضاء ؟ » ، فإن حُدِّث أنه ترك وفاءً . . صلَّىٰ عليه ، وإلاَّ قال : « صلوا علىٰ صاحبكم » . فلما فتح الله عليه الفتوح . . قال : « أنا أولىٰ بالمؤمنين من أنفسهم ، فمن توفِّيَ وعليه دين . . فعليَّ قضاؤه ، ومن ترك مالاً . . فهو لورثته » . قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٥٨) : هٰذا أصح أحاديث إسماعيل بن عياش ؛ لأن شيخه في هٰذا الحديث شاميٌّ ، وهو حجة إذا روىٰ عن الشاميين عند الجمهور .

(٢) أخرجه عن جابر مطولاً الدارقطني في « السنن » (٣/ ٧٩) في البيوع ، والحاكم في « المستدرك » (٢/ ٥٨) ، وصححه ، ووافقه الذهبي ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٧٤) في الضمان ، وفيه : « هما عليك وفي مالك ، وحق الرجل عليك والميت منه بريء » . ورواه أيضاً بنحوه عنه أبو داود (٣٣٤٣) في البيوع ، والنسائي في « الصغرىٰ » (١٩٦٢) في الجنائز ، وفيه : أن النبي ﷺ لقي أبا قتادة بعد ذلك بيوم ، فقال له : «ما فعل الديناران ؟» ، فقال : إنما مات بالأمس ، ثم جاء أبو قتادة من الغد ، وقال : قد قضيتهما يا رسول الله ، فقال ﷺ : « الآن برَدْتَ عليه جلده » . وفي الباب :

عن أبي قتادة نحوه عند النسائي في « الكبرىٰ » (٦٢٩١) وفي « الصغرىٰ » (٤٦٩٢) في=

وروى أَبو سعيدٍ رضيَ اللهُ عنهُ ، قالَ : كنَّا معَ النبيِّ ﷺ ، فَحضَرتْ جِنازةٌ ، فقالَ ﷺ : « هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ؟ » ، فقالوا : دِرهمانِ ، فقالَ : « صَلُّوا عَلَىٰ صَاحِبِكُمْ » ، فقالَ عليٌّ رضيَ اللهُ عنهُ : هُما عليَّ ، وأَنا لهما ضَامنٌ ، فقالَ ﷺ : « جَزَاكَ اللهُ عَنِ ٱلإِسْلامِ خَيْراً ، وفَكَّ رِهَانَكَ كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيْكَ » ، فصَلَّىٰ عليهِ[1] .

فموضعُ الدليلِ : أَنَّ النبيَّ ﷺ أَجازَ الضَّمانَ عَنِ الميِّتِ ، ولَمْ يَسأَلْ : هَلْ خَلَّفَ وفاءً ، أَم لا ؟ ولأَنَّهُ لَمْ يَكنْ يَمتنِعُ مِنَ الصلاةِ إلاَّ علىٰ مَنْ ماتَ وعليهِ دينٌ ، ولَمْ يُخَلِّفْ وفاءً ، بدليلِ حديثِ أَبي هريرةَ ، وإِنَّما كانَ ٱمتناعُهُ في أَوَّلِ الإِسلامِ ؛ لأَنَّ صلاتَهُ رَحمةٌ ، والدَّينُ يَحجُبُ عَنْ ذٰلكَ ، بدليلِ ما رُويَ عَنْ أَنسٍ : أَنَّهُ قالَ : مَنِ ٱستطاعَ منكمْ أَنْ يَموتَ وليسَ عليهِ دَينٌ . فليفعَلْ ، فإِنِّي شَهِدتُ النبيَّ ﷺ وقد أُتيَ بجِنازةٍ ، فقالوا : صَلِّ عليها ، فقالَ : « أَلَيْسَ عَلَيْهِ دَيْنٌ ؟ » ، فقالوا : بلىٰ ، فقالَ : « مَا تَنْفَعُكُمْ صَلاَتِيْ عَلَيْهِ ، وَهُوَ مُرتَهِنٌ في قَبْرِهِ ، فَإِنْ ضَمِنَهُ أَحدُكُمْ . قُمْتُ ، فَصَلَّيْتُ عَلَيْهِ ، وَكَانَتْ صَلاَتِيْ تَنْفَعُهُ »[2] ، ولأَنَّ كلَّ مَنْ صَحَّ الضمانُ عنهُ إِذا كانَ لهُ وفاءٌ بما عليهِ ، صحَّ الضَّمانُ عنهُ وإِذا لَمْ يَكنْ لهُ وفاءٌ ، كالحيِّ .

= البيوع . قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٥٨) : استدلّ البيهقي بهٰذا الحديث علىٰ أن للمضمون له مطالبة الضامن والمضمون عنه ، حيث قال : « الآن بَرَّدْتَ » ، فدلَّ علىٰ : أنه لا يبرأ بمجرد الضمان ، وبقوله : « الميت منه بريء » ، أي : أنه لا ينوي الرجوع . . .

(١) أخرجه عن أبي سعيد من طرق الدارقطني في « السنن » (٣/ ٧٨ و٧٩) في البيوع ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٧٣) في الضمان . قال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٥٤) : بأسانيد ضعيفة . وفي الباب :

سلف بمعناه عن سلمة بن الأكوع . عند البخاري (٢٢٨٩) ، والنسائي في « الصغرىٰ » (١٩٦١) في الجنائز .

(٢) أخرجه عن أنس من طرق البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٧٥ و٧٦) في الضمان . وفي إسناده صدقة بن عيسىٰ ، ويقال : عيسىٰ بن صدقة . قال البخاري ، وأبو داود : صدقة أبو محرز سمع أنساً .

فرعٌ : [ألفاظ الضمان] :

قالَ الطبريُّ : لو قالَ : تكفَّلتُ لكَ بمالكَ علىٰ فلانٍ . . صَحَّ ، وإنْ قالَ : أنا بهِ قبيلٌ . . لَمْ يَكنْ صَريحاً في الضَّمانِ في أَحدِ الوجهينِ ، خلافاً لأَبي حنيفةَ ؛ لأَنَّ القَبيلَ بمعنىٰ : قابلٍ ، كالسميعِ بمعنىٰ : سامعٍ ، وإيجابُ الضَّمانِ لا يكونُ مَوقوفاً علىٰ قَبولهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، وإنْ قالَ : إليَّ دَينُ فلانٍ . . لَمْ يكنْ صَريحاً في الضَّمانِ في أَحدِ الوجهينِ ، خلافاً لأَبي حنيفةَ .

دليلُنا : أَنَّهُ يَحتمِلُ قولُهُ : إليَّ ، بمعنىٰ : أَزِنُ عنهُ ، ويَحتمِلُ : مرجعَهُ إليَّ لحقٍّ ٱستحقَّهُ .

ولو قالَ : خَلِّ عَنْ فلانٍ ، والدَّينُ الذي عليهِ لكَ عندي . . لَمْ يَكنْ صَريحاً في الضَّمانِ ، خِلافاً لأَبي حنيفةَ ؛ لأَنَّ كلمةَ (عندي) تُستعملُ في غيرِ مضمونٍ ، كقولِهم : الوزيرُ عندَ الأَميرِ .

مسأَلةٌ : [أهليّة الضمان] :

ويَصِحُّ الضَّمانُ مِنْ كلِّ جائزِ التصرُّفِ في المالِ ، فأَمَّا الصبيُّ ، والمجنونُ ، والسفيهُ : فلا يَصِحُّ ضَمانُ واحدٍ منهمْ ؛ لأَنَّهُ إيجابُ مالٍ بعقدٍ ، فلَمْ يَصِحَّ منهمْ ، كالبيعِ .

فقولنا : (بعقدٍ) ٱحترازٌ مِنْ إيجابِ المالِ عليهِ بالجنايةِ ، ومِنْ نَفقةِ قريبهِ ، ومِنَ الزكاةِ .

وأَمَّا المحجورُ عليهِ للإفلاسِ : فيَصِحُّ ضَمانُهُ ؛ لأَنَّهُ إيجابُ مالٍ في الذِمَّةِ في العقدِ ، فصَحَّ مِنَ المُفلِسِ ، كالشراءِ بثَمَنٍ في ذِمَّتهِ .

ويَصحُّ الضَّمانُ مِنَ المرأَةِ الجائزةِ التصرُّفِ .

وقالَ مالكٌ : (لا يَصِحُّ ، إلاَّ أَنْ يكونَ بإذنِ زوجِها) .

دليلُنا : أَنَّ كلَّ مَنْ لَزِمَهُ الثَّمنُ في البيعِ ، والأُجرةُ في الإجارةِ . . صَحَّ ضَمانُهُ ، كالرَّجلِ .

فرعٌ : [الضمان بغير الكلام] :

ولا يَصِحُّ الضَّمانُ مِنَ المُبَرسَمِ الذي لا يَعقلُ ؛ لأَنَّهُ لا حُكمَ لكلامهِ ، فأَمَّا الأَخرسُ : فإِنْ لَمْ يَكنْ لَهُ إِشارةٌ مفهومةٌ ، أَو كتابةٌ معقولةٌ . . لَمْ يَصِحَّ ضَمانُهُ ، وإِنْ كانتْ لَهُ إِشارةٌ مفهومةٌ ، وكتابةٌ معقولةٌ . . صَحَّ ضَمانُهُ ؛ لأَنَّهُ حَصَلَ مَعَ الكتابةِ إِشارةٌ مفهومةٌ أَنَّهُ قَصَدَ بها الضَّمانَ ، وإِنِ ٱنفردتْ إِشارتُهُ المفهومةُ بالضمانِ . . صَحَّ ، وإِنِ ٱنفردتِ الكتابةُ في الضَّمانِ عَن إِشارةٍ يُفهَمُ بها أَنَّهُ قَصدَ الضَّمانَ . . قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : لَمْ يَصِحَّ الضَّمانُ ؛ لأَنَّ الكتابةَ قد تكونُ عَبَثاً ، أَو تَجربةَ القَلَمِ ، أَو حكايةَ الخطِّ ، فَلَمْ يَلزَمْهُ الضَّمانُ بمجرَّدِها .

مسأَلةٌ : [ضمان العبد] :

وإِنْ ضَمِنَ العبدُ دَيناً لغيرِ سيِّدهِ ، فإِنْ كانَ غيرَ مَأذونٍ لَهُ في التجارةِ . . نَظرتَ :

فإِنْ كانَ بغيرِ إِذنِ سيِّدهِ . . فهلْ يَصِحُّ ضَمانُهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَصِحُّ ضَمانُهُ ؛ لأَنَّهُ مُكلَّفٌ ، لَهُ قولٌ صحيحٌ ، وإِنَّما مُنِعَ مِنَ التصرُّفِ فيما فيهِ ضَررٌ علىٰ السيِّدِ ، ولا ضَررَ علىٰ السيِّدِ في ضَمانهِ ، فهوَ كما لو أَقرَّ لغيرهِ بمالٍ .

فعلىٰ هٰذا : يَثبتُ في ذِمَّتهِ إِلىٰ أَنْ يَعتِقَ .

والثاني : لا يَصِحُّ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ إِثباتُ مالٍ لآدميٍّ بعقدٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ مِنَ العبدِ بغيرِ إِذنِ سيِّدهِ ، كالمَهرِ .

فقولنا : (لآدميٍّ) ٱحترازٌ مِنَ النَّذرِ .

وقولنا : (بعقدٍ) ٱحترازٌ مِنَ الإِقرارِ ؛ لأَنَّهُ إِخبارٌ ، ومِنَ الجنايةِ علىٰ غيرِ سيِّدهِ .

وإِنْ ضَمِنَ بإِذنِ السيِّدِ . . صَحَّ ؛ لأَنَّ المنعَ منهُ لحقِّ السيِّدِ ، وقد أَذِنَ فيهِ ، فإِنْ أَذِنَ لَهُ أَنْ يُؤدِّيَهُ مِنْ كَسْبهِ . . قَضاهُ منهُ ، وإِنْ أَطلقَ الإِذنَ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَقضيهِ مِنْ كَسبِهِ ، كما لو أَذِنَ لَهُ سيِّدهُ في النكاحِ . فإِنَّ المَهرَ والنفقةَ يُقضَيانِ مِنْ كَسبهِ .

والثاني : لا يُقضَيانِ مِنْ كَسبهِ ، ولٰكنْ يُتْبَعُ بهِ إذا عَتَقَ ؛ لأَنَّ السيِّدَ إنَّما أَذِنَ في الضَّمانِ دونَ القَضاءِ . . فتعلَّقَ ذٰلكَ بذِمَّةِ العبدِ ؛ لأَنَّها مَحَلٌّ للضَّمانِ ، ويُفارِقُ المَهرَ والنفقةَ ، فإنَّهما يَجِبانِ عِوَضاً عَنِ الاستمتاعِ المعجَّلِ ، فكانَ ما في مقابلَتِهما مُعجَّلاً .

وحكىٰ أبو عليٍّ السّنجيُّ وجهاً آخرَ : أَنَّهُ يَتعلَّقُ برقَبَتهِ ، وليسَ بشيءٍ .

وإِنْ كانَ العبدُ مَأذوناً لَهُ في التجارةِ ، فلا يَخلو : إمَّا أَنْ يَضمنَ بإذنِ السيِّدِ ، أَو بغيرِ إذنهِ :

فإنْ كانَ ضَمنَ بغيرِ إذنهِ . . نَظرتَ :

فإنْ قالَ : ضَمِنتُ لكَ حتَّىٰ أُؤَدِّيَ مِنْ هٰذا المَالِ . . لَمْ يَصِحَّ الضَّمانُ ؛ لأَنَّ السيِّدَ إنَّما أَذِنَ لَهُ في التجارةِ فيما يُنمِّي المالَ ، لا فيما يُتلِفُهُ .

وإنْ ضَمِنَ لَهُ مُطلَقاً . . فهلْ يَصِحُّ ضَمانُهُ ؟ علىٰ الوجهينِ في غيرِ المَأذونِ .

فإذا قلنا : لا يَصِحُّ . . فلا كلامَ ، وإنْ قلنا : يَصِحُّ . . فإنَّهُ لا يجوزُ لَهُ أَنْ يَقضيَ مِمَّا في يدهِ مِنْ مالِ التجارةِ ، ولٰكنْ يَثبتُ في ذِمَّتهِ إلىٰ أَنْ يَعتِقَ ، وإنْ ضَمِنَ بإذنِ السيِّدِ . . صَحَّ الضَّمانُ ، فإنْ كانَ إذنُ السيِّدِ بالضَّمانِ مُطلقاً ، فمِنْ أَينَ يَقضي العبدُ دَينَ الضَّمانِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : مِنْ كَسبهِ ، أَو مِمَّا في يدهِ للتجارةِ .

والثاني : يَثبتُ في ذِمَّتهِ إلىٰ أَنْ يَعتِقَ .

وإنْ أَذِنَ لَهُ السيِّدُ بالضَّمانِ في المالِ الذي في يدهِ ، فقالَ : ضَمِنتُ لكَ حقَّكَ الذي لكَ علىٰ فلانٍ حتَّىٰ أُؤَدِّيَ مِنَ المالِ الذي في يَدي . . صَحَّ الضَّمانُ ، ولَزِمَهُ أَنْ يُؤدِّيَ مِنَ المالِ الذي في يدهِ للتجارةِ ؛ لأَنَّ المنعَ منهُ لأَجلِ السيِّدِ ، وقدْ أَذِنَ ، فجازَ .

فأَمَّا إذا قالَ الحرُّ : ضَمِنتُ لكَ دَينكَ علىٰ فلانٍ في هٰذا المالِ . . لَمْ يَصِحَّ الضَّمانُ ، والفرقُ بينَهما : أَنَّ العبدَ ضَمِنَ الحقَّ في ذِمَّتهِ ، وإنَّما عَلَّقَ الأَداءَ في مالٍ بعينهِ ، والحرَّ لَمْ يَضمَنِ الحقَّ في ذِمَّتهِ ، وإنَّما ضَمِنَهُ في المالِ بعينهِ ، فوزانُهُ : أَنْ يقولَ الحرُّ : ضَمِنتُ لكَ دَينكَ علىٰ فلانٍ ، وأَزِنُهُ مِنْ هٰذا المالِ ، فيَصِحُّ الضمانُ ، فإنْ كانَ علىٰ المَأذونِ لَهُ دَينٌ يَستغرِقُ ما بيدهِ ، ثُمَّ أَذِنَ لَهُ السيِّدُ بالضمانِ والقَضاءِ مِمَّا في

يدهِ مِنْ مالِ التجارةِ ، أَو قلنا : يَلزمُهُ القضاءُ منهُ علىٰ أَحدِ الوجهينِ . . فهلْ يُشاركُ المضمونُ لَهُ الغُرَماءَ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يُشاركُهُمْ ؛ لأَنَّ المالَ للسيِّدِ ، وقد أَذِنَ بالقضاءِ منهُ ، إِمَّا بصريحِ القولِ ، أَو مِنْ جهةِ الحُكمِ .

والثاني : لا يُشاركُهمْ ؛ لأَنَّ حُقوقَ أَصحابِ الديونِ مُتعلِّقةٌ بما في يدهِ ، فصارَ ذٰلكَ كالمرهونِ بحقوقِهم ، أَلا ترىٰ أَنَّ السيِّدَ لو أَرادَ أَخذَ ذٰلك قَبلَ قضاءِ الغُرَماءِ . . لَمْ يَكنْ لَهُ ذٰلكَ ؟

فرعٌ : [الضمان عن العبد] :

وإِنْ كانَ في ذِمَّةِ العبدِ دَينٌ ، فضَمِنَ عنهُ ضامنٌ . . صَحَّ الضَّمانُ ؛ لأَنَّ الدَّينَ الذي في ذِمَّتهِ لازمٌ ، وإِنَّما لا يُطالَبُ بهِ لعجزِهِ في حالِ رِقِّهِ ، فصَحَّ الضَّمانُ عنهُ ، كالدَّينِ علىٰ المُعسرِ .

قالَ الصيمَريُّ : لَو ثَبتَ علىٰ عبدهِ دَينٌ بالمُعاملةِ ، فضَمِنَهُ عنهُ سيِّدُهُ . . صَحَّ ضَمانُهُ ، كالأَجنبيِّ .

فرعٌ : [ضمان المكاتب] :

وأَمَّا إِذا ضَمِنَ المكاتَبُ دَيناً علىٰ غيرهِ ، فإِنْ كانَ بغيرِ إِذنِ السيِّدِ . . فهلْ يَصِحُّ ؟ فيهِ وجهانِ ، كما قلنا في العبدِ القِنِّ .

فإِنْ قلنا : لا يَصِحُّ . . فلا كلامَ ، وإِنْ قلنا : يَصِحُّ . . كانَ ذٰلكَ في ذِمَّتهِ إِلىٰ أَنْ يَعتِقَ .

وإِنْ ضَمِنَ بإِذنِ سيِّدهِ ، فإِنْ قلنا : يجوزُ للمكاتَبِ أَنْ يَهَبَ شيئاً مِنْ مالهِ بإِذنِ سيِّدهِ . . صارَ كالعبدِ المَأذونِ لَهُ إِذا ضَمِنَ بإِذنِ سيِّدهِ علىٰ ما مَضىٰ ، وإِنْ قلنا : لا يجوزُ للمكاتَبِ أَنْ يَهَبَ شيئاً لغيرِهِ بغيرِ إِذنِ سيِّدهِ . . **فالذي يقتضي المذهبُ** : أَنْ يَصِحَّ الضَّمانُ ، ويُتْبَعَ بهِ إِذا عَتَقَ ، ولا يَقضي منَ المالِ الذي بيدهِ قَبلَ أَداءِ الكتابةِ .

مسألةٌ : [لا يشترط رضا المضمون عنه] :

يَصِحُّ الضَّمانُ مِنْ غيرِ رِضا المضمونِ عنهُ ؛ لأَنَّ علياً وأبا قتادةَ ضَمِنَا عَنِ المَيِّتَيْنِ بحضرةِ النبيِّ ﷺ ، والميِّتُ لا يمكنُ رِضاهُ ، ولأَنَّهُ لمَّا جازَ لَهُ أَنْ يَقضيَ الدَّينَ بغير إذنهِ . . جازَ أَنْ يَضمنَ عنهُ الدَّينَ بغيرِ إذنهِ .

وأَمَّا المضمونُ لَهُ : فهلْ يُعتبرُ رِضاهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ أَبو عليٍّ الطبريُّ : يُعتبرُ رِضاهُ . وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ، ومحمَّدٌ ، إلاَّ في مسأَلةٍ واحدةٍ ، وهوَ إذا قالَ المريضُ لبعضِ ورَثتهِ : ٱضمنْ عنِّي ديناً لفلانٍ الغائبِ ، فضَمِنَ عنهُ بغيرِ إذنِ المضمونِ لَهُ وإنْ لَمْ يُسَمِّ الدَّينَ ٱستحساناً ؛ لأَنَّهُ إثباتُ مالٍ لآدميٍّ ، فَلَمْ يَصِحَّ إلاَّ برضاهُ ، أَو مَنْ يَنوبُ عنهُ ، كالبيعِ لَهُ ، والشراءِ .

فقولنا : (لآدميٍّ) ٱحترازٌ مِنَ النَّذرِ .

و**[الثاني]** : قالَ أَبو العبّاسِ : يَصحُّ مِنْ غيرِ رِضاهُ . ولَمْ يَذكرِ الشيخُ أَبو حامدٍ غيرَهُ ، وبهِ قالَ أَبو يُوسفَ ؛ لأَنَّ علياً وأَبا قتادةَ ضَمِنا الدَّينَ بحضرةِ النبيِّ ﷺ ، ولَمْ يَعتَبرِ النبيُّ ﷺ رِضا المضمونِ لَهُ ، ولأَنَّ الضَّمانَ وثيقةٌ بالحقِّ ، فلَمْ يَفتقِرْ إلىٰ رِضا مَنْ لَهُ الوثِيقةُ ، كما لو أَشهدَ مَنْ عليهِ الدَّينُ بنفسهِ . . صَحَّتِ الشهادةُ وإنْ لَمْ يَرضَ المشهودُ لَهُ .

وأَمَّا معرفةُ الضامنِ لعينِ المضمونِ لَهُ والمضمونِ عنهُ : فهلْ يَفتقِرُ إلىٰ ذٰلكَ ؟ فيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ :

أَحدُها : أَنَّهُ لا يَفتقِرُ إلىٰ مَعرفةِ عَينِ واحدٍ منهما ، وإنَّما يَضمنُ بالاسمِ والنسبِ ، **ووجهُهُ** : أَنَّ علياً وأَبا قتادةَ رضيَ اللهُ عنهُما ضَمِنا ، ولَمْ يَسأَلِ النبيُّ ﷺ : هلْ يَعرفانِ عَينَ المضمونِ لَهُ والمضمونِ عنهُ ، أَمْ لا ؟ ولو كانَ الحُكمُ يَختلفُ بذٰلكَ . . لَبَيَّنَهُ النبيُّ ﷺ ، ولأَنَّ الواجبَ أَداءُ الحقِّ ، فلا حاجةَ إلىٰ مَعرفةِ ما سوىٰ ذٰلكَ .

والثاني : أَنَّهُ لا يَصِحُّ حتَّىٰ يَعرِفَ الضامِنُ عينَهما ؛ لأَنَّ مُعاملتَهُ معَ المضمونِ لَهُ ،

فلا بدَّ لَهُ مِنْ مَعرفتِهِ ؛ ليُعلَمَ هلْ هوَ سَهلُ الاقتضاءِ[(١)] ، أَمْ شَديدُ الاقتضاءِ ؟ وقدْ تبرَّعَ عَنِ المضمونِ عنهُ ، فلا بدَّ مِنْ مَعرفتِهِ بعينهِ ؛ ليُعلَمَ هلْ هوَ أهلٌ أَنْ يُسدىٰ[(٢)] إليهِ الجميلُ ، أَمْ لا ؟

والثالثُ : أَنَّهُ يَفتقِرُ إلىٰ مَعرفةِ عينِ المضمونِ لَهُ ؛ لأَنَّ مُعاملتَهُ معهُ ، ولا يَفتقِرُ إلىٰ مَعرفةِ المضمونِ عنهُ ؛ لأَنَّهُ لا مُعاملةَ بَينَهُ وبَينَهُ .

قالَ المَحامليُّ : فإذا قلنا بهٰذا : ٱفتقرَ إلىٰ قبولِهِ ، فإنْ قَبلَ . . لَزِمَ الضَّمانُ ، وإنْ رَدَّ . . بَطَلَ ، وإنْ رَجَعَ الضامنُ قَبلَ قَبولِ المضمونِ لَهُ . . صَحَّ رُجوعُهُ .

مسألَةٌ : [البيع بشرط الضمين] :

وإنْ باعَ رَجلٌ مِنْ غيرهِ عبداً بثمنٍ في ذِمَّتهِ ، بشرطِ أَنْ يَضمنَ لَهُ بالثَّمنِ ضامنٌ معيَّنٌ . . صَحَّ البيعُ والشرطُ ؛ لأَنَّ الحاجةَ تَدعو إلىٰ شرطِ الضَّمينِ في عقدِ البيعِ ، فإنْ لَمْ يَضمَنْ لَهُ الضَّمينُ المُعيَّنُ . . ثبتَ للبائعِ الخِيارُ في فَسخِ البيعِ ؛ لأَنَّهُ إنَّما دَخلَ في البيعِ بهٰذا الشرطِ ، فإذا لَمْ يَفِ لَهُ المشتري بالشرطِ . . ثبتَ للبائعِ الخِيارُ . وإنْ أَتاهُ المشتري بضَمينٍ غيرِ الضَّمينِ المُعيَّنِ . . لَمْ يَلزَمِ البائعَ قَبولُهُ ، بَلْ يَثبتُ لَهُ الخِيارُ وإنْ كانَ الذي جاءَهُ بهِ أَملأَ[(٣)] مِنَ المُعيَّنِ ؛ لأَنَّهُ قدْ يكونُ لَهُ غَرضٌ في ضَمانِ المُعيَّنِ .

وإنْ شَرَطَ في البيعِ أَنْ يَضمنَ لَهُ بالثَّمنِ ثِقةٌ . . لَمْ يَصِحَّ الشرطُ ، وبَطَلَ البيعُ ؛ لأَنَّ الثقاتِ يتفاوتونَ ، وإذا كانَ الشرطُ مجهولاً . . بَطَلَ ٱلبيعُ .

---

(١) الاقتضاء : أخذ الدين واسترداده .

(٢) أسدىٰ : أعطىٰ وأولىٰ واتخذه عنده .

(٣) أملأ القوم : أقدرهم وأغناهم ، ومنه الحديث : « وإذا أحيل أحدكم علىٰ مليء . . فليحتل » ، ويطلق علىٰ الأحسن ، فيقال : فلان أملأ لعيني من فلان : أتمّ منه منظراً وحسناً . قال الشاعر :

أَهـابُـك إجـلالاً ومـا بـك قـدرة ... علـيَّ ولكـن مِـلْءُ عيـنٍ حبيبُهـا

والمِلء ـ بالكسر ـ : ما يأخذه الإناء إذا امتلأ . والملأ : الجماعة ، ويجمع علىٰ : أملاء .

فرعٌ : [البيع بشرط ٱلشهود] :

وإنْ باعهُ سِلعةً بثَمَنٍ ، بشرطِ أَنْ يُشهدَ لهُ شاهدينِ . . جازَ مِنْ غيرِ تعيينٍ ، وكانَ عليهِ أَنْ يُشهدَ لهُ شاهدينِ عدلينِ ؛ لأَنَّ الأَغراضَ لا تَختلفُ بٱختلافِ ٱلشهودِ ، فإذا لَمْ يُشهِدْ لهُ . . ثبتَ لصاحبهِ الخِيارُ في فسخِ البيعِ ، وإنْ باعهُ بشرطِ أَنْ يُشهدَ لَهُ شاهدينِ معيَّنينِ ، فأَشهدَ لهُ شاهدينِ عَدْلينِ غيرَ المعيَّنينِ . . فهلْ يَسقُطُ خِيارُ ٱلآخَرِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَلزمُ ٱلآخَرَ قَبولُ ذٰلكَ ، بَلْ يَثبتُ لهُ الخيارُ في فسخِ البيعِ ، كما قلنا في الضَّمينِ المعيَّنِ .

والثاني : يَلزَمُ قَبولُ ذٰلكَ ، ولا خيارَ لهُ ؛ لأَنَّهُ لا غَرضَ لهُ في أَعيانِ الشهودِ إذا حَصلتِ العدالةُ .

ولهٰذا قلنا : لا بدَّ في شرطِ الضَّمينِ مِنْ تعيينهِ ، وفي الشهادةِ يجوزُ شرطُ شاهدينِ عدلينِ وإنْ كانا غيرَ معيَّنينِ ، **والَّذي يقتضي المذهبُ** : أَنَّ هٰذا الشرطَ في الشهادةِ يَصِحُّ أَنْ يكونَ وثيقةً لكلِّ واحدٍ مِنَ المتبايعينِ ، ويَثبتُ لكلِّ واحدٍ منهما الخيارُ إذا شَرطَ ذٰلكَ علىٰ الآخرِ ، ولَمْ يَفِ الآخرُ لهُ بذٰلكَ ؛ لأَنَّ للبائعِ غرضاً في الاستيثاقِ بالشهادةِ خَوفاً أَنْ يُستحَقَّ عليهِ الثَّمنُ ، فيَرجعَ بهِ ، وللمشتري غرضٌ في الاستيثاقِ بالشهادةِ خَوفاً أَنْ يُستحَقَّ عليهِ المبيعُ ، فيَرجعَ بالثَّمنِ علىٰ البائعِ .

مسأَلةٌ : [فيما له مصير إلىٰ اللزوم] :

قالَ المزنيُّ : وكذٰلكَ كلُّ ضامنٍ في دَينٍ ، وكفالةٍ بدينٍ ، وأُجرةٍ . . . إلىٰ آخرِ الفَصلِ .

قالَ أَصحابُنا : الحقوقُ علىٰ أَربعةِ أَضربٍ :

أَحدُها : حقٌّ لازمٌ مُستقِرٌّ ، كالثمنِ في الذمَّةِ بعدَ قبضِ المبيعِ ، والأُجرةِ في الذمَّةِ بعدَ ٱنقضاءِ الإِجارةِ ، ومالِ الجُعالةِ بعدَ ٱلعَمَلِ ، والمهرِ بعدَ الدخولِ ، وعِوَضِ

القَرْضِ ، وقِيَمِ المُتلَفاتِ ، فهٰذا يَصِحُّ ضمانُهُ ؛ لأنَّهُ دَيْنٌ لازمٌ مستَقِرٌّ .

الضربُ ٱلثاني : دينٌ لازمٌ غيرُ مستَقِرٍّ ، كالمهرِ قبلَ الدخولِ ، وثَمَنِ المبيعِ قَبلَ قبضِ المبيعِ ، والأُجرةِ قَبلَ ٱنقضاءِ الإجارةِ ، ودينِ السَّلَمِ ، فهٰذا يَصِحُّ ضمانُهُ أيضاً .

وقالَ أحمدُ في إحدىٰ الروايتينِ : (لا يَصِحُّ ضَمانُ المُسْلَمِ فيهِ ؛ لأنَّهُ يؤدِّي إلىٰ استيفاءِ المُسلَمِ فيهِ مِنْ غيرِ المُسْلَمِ عليهِ ، فهوَ كالحوالةِ) .

ودليلُنا : أنَّهُ دينٌ لازمٌ ، فصحَّ ضمانُهُ ، كالمهرِ بعدَ الدُّخولِ .

الضربُ الثالثُ : دينٌ ليسَ بلازمٍ ، ولا يَؤولُ إلىٰ اللُّزومِ ، وهوَ دينُ الكتابةِ ، فلا يَصِحُّ ضَمانُهُ ؛ لأنَّ المكاتبَ يَملِكُ إسقاطَهُ ، بأَنْ يُعجِّزَ نفسَهُ ، فلا معنىً لضمانِهِ ، ولأنَّ ذمَّةَ ٱلضامنِ فرعٌ لذمَّةِ المضمونِ عنهُ ، فإذا لَمْ يَلزَمِ الأَصلُ . . لَمْ يَلزَمِ الفرعُ ، ومِنْ حُكمِ الضمانِ أَنْ يكونَ لازماً .

وإنْ كانَ علىٰ المكاتَبِ دينٌ لأَجنبيٍّ . . صحَّ ضمانُهُ ؛ لأنَّهُ دينٌ لازمٌ عليهِ ، وإنْ كانَ عليهِ لسيِّدهِ دينٌ مِنْ جهةٍ غيرِ جِهَةِ الكتابةِ . . فهلْ يَصِحُّ ضمانُهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَصِحُّ ضَمانُهُ ؛ لأنَّهُ يُجبَرُ علىٰ أدائِهِ .

والثاني : لا يَصِحُّ ضمانُهُ ؛ لأنَّهُ قدْ يُعجِّزُ نفسَهُ ، فيسقُطُ ما في ذمَّتهِ لسيِّدهِ . وأَصلُهما الوجهانِ ، هلْ يُستدامُ ثبوتُ الدَّينِ في ذمَّتهِ لسيِّدهِ بعدَ أَنْ يَصيرَ مِلكاً لَهُ ؟ فيهِ وجهانِ .

فإنْ قلنا : يُستدامُ ثبوتُهُ . . صحَّ ضمانُهُ . وإنْ قلنا : لا يُستدامُ ثبوتُهُ . . لَمْ يَصِحَّ ضَمانُهُ .

الضربُ الرابعُ : دينٌ غيرُ لازمٍ ، إلاَّ أنَّهُ يؤولُ إلىٰ اللُّزومِ ، وهوَ مالُ الجُعالةِ قَبلَ العَملِ ، بأَنْ يقولَ : مَنْ ردَّ عبدي . . فلهُ دينارٌ ، فإذا ضَمِنَ عنهُ غيرُهُ ذٰلكَ قَبلَ ردِّ العبدِ . . هلْ يَصِحُّ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَصِحُّ ؛ لقولهِ تعالىٰ : ﴿ قَالُواْ نَفۡقِدُ صُوَاعَ ٱلۡمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴾ [يوسف : ٧٢] . فضَمِنَ المنادي مالَ الجُعالةِ ، وحِملُ البعيرِ مَعْلومٌ .

والثاني : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّهُ دينٌ غيرُ لازمٍ ، فلا يَصِحُّ ضَمانُهُ ، كمالِ الكتابةِ .

ومَنْ قالَ بهٰذا . . قالَ : لَمْ يَضمَنِ المنادي ، وإِنَّما أَخبرَ عَنِ المَلِكِ : أَنَّهُ بذَلَ لمَنْ ردَّهُ حِمْلَ البعيرِ ، وأَنَّ المَلِكَ قالَ : (وأَنا بهِ زعيمٌ) .

وأَمَّا ضَمانُ ثَمَنِ المبيعِ في مُدَّةِ الخيارِ : فٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فمنهمْ مَنْ قالَ : فيهِ وجهانِ ، كمالِ الجُعالةِ قَبلَ العَملِ .

ومنهمْ مَنْ قالَ : يَصِحُّ ضمانُهُ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّهُ يَؤولُ إِلىٰ اللُّزومِ ، ولأَنَّ الثَّمَنَ قد لَزِمَ ، وإِنَّما لهُ إِسقاطُهُ بالفسخِ ، بخلافِ مالِ الجُعالةِ ، فإِنَّهُ لا يَلزَمُ بحالٍ .

فرعٌ : [ضمان مال السبق والرمي] :

وأَمَّا مالُ السَّبْقِ والرَّمْيِ بعدَ العَملِ : فيَصِحُّ ضمانُهُ ؛ لأَنَّهُ دَينٌ لازمٌ مستقِرٌّ ، فهوَ كالمَهْرِ بعدَ الدخولِ ، وأَما قَبلَ العَملِ : فإِنْ كانَ المخرِّجُ[1] للسَّبْقِ أَحدُهما ، أَو أَجنبيّاً . . فهلْ يَصِحُّ ضمانُهُ ؟ فيهِ وجهانِ ، كمالِ الجُعالةِ ، وإِنْ كانَ مالُ السَّبْقِ منهما ، وبينَهما محلِّلٌ ، فإِنْ قلنا : إِنَّ ذٰلكَ كالإِجارةِ . . صحَّ ضَمَانُهُ ، كضمانِ الأُجرةِ قَبلَ ٱنقضاءِ مدَّةِ الإِجارةِ ، وإِنْ قلنا : إِنَّها كالجُعالةِ . . كانَ في ضمانِ المالِ عنهما ، أَو عَنْ أَحدِهما وجهانِ ، كمالِ الجُعالةِ .

فرعٌ : [ضمان أَرش الجناية] :

وأَمَّا أَرشُ الجنايةِ والدِّيَةُ : فإِنْ كانَ دراهمَ ، أَو دنانيرَ ، مِثلُ : أَنْ جنىٰ علىٰ عبدٍ ، أَو كانتِ الإِبلُ معدومةً ، فأَوجَبْنا قيمتَها وكانتْ معلومةً ، أَو قلنا : يَجبُ أَلفُ مثقالٍ ، أَو ٱثنا عَشَرَ أَلفَ درهَمٍ . . صحَّ ضمانُها ، فإِنْ كانَ الواجبَ الإِبلُ . . فهلْ يَصِحُّ ضَمَانُها ؟ فيهِ وجهانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في جوازِ بيعِها .

---

(١) المخرِّج : هو الذي يحلل العقد ويخرجه عن صورة القمار المحرّمة ، وسيأتي بيانه في بابه إن شاء الله تعالى .

فرعٌ : [ضمان نفقة الزوجة] :

وأَمَّا ضمانُ نفقةِ الزوجةِ : فإِنْ ضَمِنَ عنهُ نفقةَ مدَّةٍ قد مَضتْ. . صحَّ ضَمانُها ؛ لأَنَّهُ دينٌ لازمٌ مستَقِرٌّ ، فهي كالمَهرِ بعدَ الدخولِ ، وإِنْ ضَمِنَ عنهُ نفقةَ يومهِ الَّذي هو فيهِ. . صحَّ أَيضاً ؛ لأَنَّهُ دينٌ لازمٌ ، فصحَّ ضَمانُهُ وإِنْ كانَ غيرَ مستَقِرٍّ ، كضمانِ المَهرِ قبلَ الدخولِ .

وإِنْ ضَمِنَ عنهُ نفقةَ مُدَّةٍ مستقبَلَةٍ معلومةٍ. . فهلْ يَصِحُّ ؟ فيهِ قولانِ ، بناءً علىٰ أَنَّ النفقةَ تجبُ بالعقدِ ، أَو بالعقدِ والتمكينِ مِنَ الاستمتاعِ :

فقالَ في **القديمِ** : (تجبُ بالعقدِ ، وإِنَّما يَجبُ ٱستيفاؤُها يوماً بيومٍ) .

فعلىٰ هٰذا : يَصِحُّ أَنْ يَضمَنَ نفقةَ مدَّةٍ معلومةٍ ، ولٰكنْ لا يَضمَنُ إِلاَّ نفقةَ المعسرِ وإِنْ كانَ الزوجُ وقتَ الضَّمانِ موسِراً ؛ لأَنَّ نفقةَ المعسرِ مُتحقَّقةٌ ، وما زادَ علىٰ ذٰلكَ مشكوكٌ فيهِ .

وقالَ في **الجديدِ** : (لا تجبُ النفقةُ إِلاَّ بالعقدِ ، والتمكينِ مِنَ الاستمتاعِ) .

فعلىٰ هٰذا : لا يَصِحُّ أَنْ يَضمَنَ نفقةَ مُدَّةٍ مستقبَلَةٍ بحالٍ .

مسأَلةٌ : [لا يُضمَن مجهول] :

ولا يَصِحُّ ضمانُ مالٍ مجهولٍ ، وهوَ أَنْ يقولَ : ضَمِنتُ لكَ ما تَستحقُّهُ علىٰ فلانٍ مِنَ الدَّينِ ، وهوَ لا يعلمُ قدرَهُ ، وكذٰلكَ لا يَصِحُّ ضمانُ ما لَمْ يَجبْ ، وهوَ أَنْ يقولَ : ضَمِنتُ لكَ ما تُداينُ فلاناً . وبهِ قالَ اللَّيثُ ، وٱبنُ أَبي ليلىٰ ، وٱبنُ شُبرمةَ ، والثوريُّ ، وأَحمدُ .

وقالَ مالكٌ ، وأَبو حنيفةَ : (يَصِحُّ ضَمانُ المجهولِ ، وضمانُ ما لَمْ يَجِبْ) .

قالَ أَبو العبَّاسِ ـ وهوَ قولُ الشافعيِّ في **القديمِ**[1] ـ : (يَصِحُّ ضَمانُ نفَقةِ الزوجةِ

---

(١) في (م) زيادة : (كما قال الشافعي في القديم) .

مُدَّةً مستقبَلةً). وهٰذا ضَمانُ ما لَمْ يَجِبْ ، وضَمانُ مجهولٍ. وهٰذهِ طريقةُ الخراسانيِّينَ: أَنَّها علىٰ قولينِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وأَبىٰ سائرُ أَصحابِنا ذٰلكَ ، وقالوا : لا يَصِحُّ ضمانُهما ، قولاً واحداً . وما قالهُ الشافعيُّ في **القديم** : (يَصِحُّ ضمانُ نَفقةِ الزوجةِ مدَّةً مستقبَلَةً) . . فإِنَّما أَجازَهُ ؛ لأَنَّ النفقةَ تَجِبُ علىٰ هٰذا بالعقدِ ، فقد ضَمِنَ ما وجبَ ، ولا يَصِحُّ منها إِلاَّ ضمانُ شيءٍ مقدَّرٍ ، وليسَ بمجهولٍ .

ودليلُنا ـ علىٰ أَنَّهُ لا يَصِحُّ ضمانُهما ـ : أَنَّهُ إِثباتُ مالٍ في الذمَّةِ بعقدٍ لازمٍ ، فلَمْ يَصِحَّ معَ جهلِهِ ، ولا قَبلَ ثبوتِهِ ، كالثَّمنِ في البيعِ ، والمَهرِ في النكاحِ .

فقولنا : (في الذمَّةِ) ٱحترازٌ مِمَّنْ غَصَبَ مِنْ رجلٍ شيئاً مجهولاً .

وقولنا : (بعقدٍ) ٱحترازٌ ممَّنْ أَتلفَ علىٰ غيرِهِ مالاً ، أَو وَطِىءَ ٱمرأَةً بعقدٍ فاسدٍ ، فإِنَّ ذٰلكَ يُثبتُ في ذمَّتهِ مالاً وإِنْ كانَ لا يعلمُ قدْرَهُ .

فرعٌ : [ضمان معلومٍ جملة مجهولٍ قدراً] :

قالَ في « الإبانةِ » [ق/٢٨٣] : فلو جَهِلَ مقدارَ الدَّينِ ، إِلاَّ أَنَّهُ قالَ : ضَمِنتُ لكَ مِنْ درهمٍ إِلىٰ عَشَرةٍ ، وقلنا : لا يَصِحُّ ضمانُ المجهولِ . فهلْ يَصِحُّ هٰذا ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما ـ قالَ : **وهوَ الأَشهرُ** ـ : يَصِحُّ ؛ لأَنَّ جملةَ ما ضَمِنَ معلومةٌ .

والثاني ـ **وهوَ الأَقْيسُ** ـ : أَنَّهُ لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ مقدارَ الحقِّ مجهولٌ .

فرعٌ : [ضمانُ ما يعطي الوكيلَ] :

وأَمَّا إِذا قالَ الرجلُ لغيرِهِ : ضَمِنتُ لكَ ما تعطي وكِيلي ، وما يأخذُ مِنكَ . . فإِنَّهُ يَلزَمُهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ لا مِنْ جهةِ الضمانِ ، ولٰكنْ مِنْ جهةِ التوكيلِ ، وذٰلكَ أَنَّ يدَ الوكيلِ يدُ الموكِّلِ .

مسأَلَةٌ : [تعليق الضمان] :

ولا يَصِحُّ تعليقُ الضمانِ علىٰ شرطٍ ، بأَنْ يقولَ : إِذا جاءَ رأسُ الشهرِ . . فقد ضَمِنتُ لكَ دَينكَ علىٰ فلانٍ .

وحكىٰ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٢٨٣] : أَنَّ أَبا حنيفةَ قالَ : (يَصِحُّ) .

دليلُنا : أَنَّهُ إِيجابُ مالٍ لآدميٍّ بعقدٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ تعليقُهُ علىٰ شرطٍ ، كالبيعِ .

فقولنا : (لآدميٍّ) ٱحترازٌ مِنَ النَّذرِ .

وقولنا : (بعقدٍ) ٱحترازٌ مِنْ وجوبِ نفقةِ القريبِ والزوجةِ ، فإِنَّهُ متعلِّقٌ بشروطٍ .

فرعٌ : [ضمان متاع غير موصوف] :

إِذا قالَ رجلٌ لغيرهِ في البحرِ عندَ تموُّجهِ ، وخوفِ الغَرَقِ : أَلْقِ متاعكَ في البحرِ ، وعليَّ ضَمانُهُ ، فأَلقاهُ . . وَجبَ علىٰ المستدعي ضمانُهُ .

وقالَ أَبو ثورٍ : (لا يَجِبُ)[1] ؛ لأَنَّهُ ضمانُ ما لَمْ يَجِبْ .

دليلُنا : أَنَّهُ ٱستدعاءُ إِتلافِ مِلكٍ بعِوَضٍ لغَرَضٍ صحيحٍ ، فصحَّ ، كما لو قالَ : طلِّقِ ٱمرأَتكَ بمئةِ درهَمٍ عليَّ .

وإِنْ قالَ رجلٌ لغيرهِ : بع عبدَكَ مِنْ زيدٍ بأَلفٍ ، وعليَّ لكَ خمسُ مئةٍ ، فباعَهُ ، قالَ الصيدلانيُّ : وقالَهُ في العقدِ . . فهلْ يَصِحُّ البيع[2] ؟ فيهِ وجهانِ لأبي العبَّاسِ :

أَحدُهما : يَصِحُّ البيعُ ، ويَستحِقُّ البائعُ علىٰ المشتري خمسَ مئةٍ ، وعلىٰ المستدعي للبيعِ خمسَ مئةٍ ؛ لأَنَّهُ مالٌ بذَلهُ في مقابلةِ إِزالةِ مِلكهِ ، فصحَّ ، كما لو قالَ : أَلقِ مَتاعَكَ في البحرِ ، وعليَّ ضمانُهُ . أَو طلِّقِ ٱمرأَتَكَ ، وعليَّ لكَ أَلفٌ .

والثاني : لا يَصِحُّ البيعُ ، ولا يَستحِقُّ علىٰ الباذلِ شيءٌ ؛ لأَنَّ الثَّمنَ يَجبُ أَنْ يكونَ جميعُهُ علىٰ المشتري ، فإِذا شَرطَ أَنْ يكونَ بعضُهُ علىٰ غيرهِ . . لَمْ يَصِحَّ .

---

(١) في (م) : (لا يصح) .
(٢) في (نسخة) : (العقد) .

قالَ صاحبُ « الفروعِ » : فأَمَّا إذا قالَ : بِعْ عبدَكَ مِنْ فلانٍ بأَلفٍ ، علىٰ أَنْ أَزِنَ منهُ خمسَ مئةٍ . . جازَ ، ويُنظَرُ : فإِنْ ضَمِنَ قبلَ البيعِ . . لَمْ يَلزمْهُ ؛ لأَنَّهُ ضمانٌ قبلَ الوجوبِ ، فإِنْ ضَمِنَهُ بعدَهُ . . لَزِمَهُ .

مسأَلةٌ : [صحّة ضمان الدين المعجل بمؤجل] :

وإِنْ كانَ لرجلٍ علىٰ غيرِهِ دينٌ حالٌّ ، فَضمِنَهُ عنهُ ضامنٌ إِلىٰ أَجلٍ معلومٍ . . صحَّ الضمانُ ، وكانَ الدَّينُ معجَّلاً علىٰ المضمونِ عنهُ ، مؤَجَّلاً علىٰ الضامنِ ؛ لأَنَّ الضمانَ رِفقٌ ومعروفٌ ، فكانَ علىٰ حَسَبِ الشرطِ ، وكذٰلكَ إذا كانَ الدَّينُ مؤَجَّلاً إِلىٰ شهرٍ ، فَضمِنَهُ عنهُ ضامنٌ مؤَجَّلاً إِلىٰ شهرينِ . . كانَ مؤَجَّلاً علىٰ المضمونِ عنهُ إِلىٰ شهرٍ ، وعلىٰ الضامنِ إِلىٰ شهرينِ .

فإِنْ قيلَ : فعندَكمُ الدَّينُ الحالُّ لا يتأَجَّلُ ، فكيفَ يتأَجَّلُ هٰذا علىٰ الضامنِ ؟

فالجوابُ : أَنَّ الدَّينَ لَمْ يَثبُتْ علىٰ الضامنِ حالاً ، وإِنَّما يَثبُتُ عليهِ مؤَجَّلاً ، والدَّينُ يتأَجَّلُ في ٱبتداءِ ثبوتِهِ .

وإِنْ كانَ الدَّينُ علىٰ رجلٍ مؤَجَّلاً ، فَضَمِنَهُ عنهُ ضامنٌ حالاً كانَ ، أَو مُؤَجَّلاً علىٰ مَنْ هوَ عليهِ إِلىٰ شهرينِ ، فضَمِنَهُ عنهُ ضامنٌ إِلىٰ شهرٍ . . ففيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ ، حكاها المَحامليُّ ، وٱبنُ الصبَّاغِ :

أَحدُها : يَصِحُّ الضمانُ ، ويَلزمُ الضامنَ تعجيلُ الدَّينِ دونَ المضمونِ عنهُ ؛ لأَنَّهُ ضَمِنَ لهُ دَيناً بعقدٍ ، فكانَ علىٰ حَسَبِ ما ضَمِنَهُ ، كما لو ضَمِنَ المعجَّلَ مؤَجَّلاً .

والثاني : لا يَصِحُّ الضمانُ ؛ لأَنَّ الضامنَ فرعٌ للمضمونِ عنهُ ، فلا يجوزُ أَنْ يُستحقَّ مطالبةُ الضامنِ دونَ المضمونِ عنهُ .

والثالثُ : يَصِحُّ الضمانُ ، ولا يَلزمُهُ التعجيلُ ، كأَصلهِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فضَمِنَ الحالَّ مؤَجَّلاً ، فماتَ الضامنُ . . حَلَّ عليهِ الدَّينُ ، وَوجبَ دَفعُ ذٰلكَ مِنْ تَركتهِ ، ولَمْ يكنْ لورثتهِ الرجوعُ علىٰ المضمونِ عنهُ حتَّىٰ يَحِلَّ الأَجلُ .

وقالَ زفرُ : يَرجِعونَ عليهِ في الحالِ .

دليلُنا : أَنَّ المضمونَ عنهُ لَمْ يأذنْ في الضمانِ عنهُ إلاَّ إلىٰ أَجلٍ ، فلا يَستحقُّ الرجوعَ عليهِ في الحالِ .

وإنْ ماتَ المضمونُ عنهُ ، وكانَ الدَّينُ مؤَجَّلاً عليهِما . . حلَّ الدَّينُ في تَرِكَةِ المضمونِ عنهُ ، فإنِ ٱختارَ المضمونُ لهُ الرجوعَ علىٰ الضامنِ . . لَمْ يُطالبْهُ قَبلَ حلولِ الأَجلِ ، وإنِ ٱختارَ المطالبةَ مِنْ تَرِكَةِ المضمونِ عنهُ . . كانَ لهُ ذٰلكَ في الحالِ .

مسأَلةٌ : [لا خيار في الضمان] :

لا يجوزُ شَرطُ الخيارِ في الضمانِ ، فإذا شُرِطَ فيهِ . . أَبطلَهُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يَصِحُّ الضمانُ ، ويَبطُلُ الشرطُ) .

دليلُنا : أَنَّ الخيارَ يُرادُ لطَلبِ الحظِّ ، والضامنَ يَعلمُ أَنَّهُ مغبونٌ مِنْ جهةِ المالِ ، لا مِنْ جهةِ الثوابِ ، ولهٰذا يقالُ : الكفالةُ أَوَّلُها ندامةٌ ، وأَوسطُها مَلامةٌ ، وآخِرُها غرامةٌ .

وإذا ثَبتَ : أَنَّهُ لا وجهَ لشرطِ الخيارِ فيهِ . . قلنا : عقدٌ لا يدخلُهُ خِيارُ الشرطِ ، فأَبطَلهُ ، كالصرفِ والسَّلَمِ .

مسأَلةٌ : [الضمان بشرط فاسد] :

ويَبطُلُ الضمانُ بالشروطِ الفاسدةِ ؛ لأَنَّهُ عقدٌ يَبطُلُ بجهالةِ المالِ ، فبطَلَ بالشروطِ الفاسدةِ ، كالبيعِ ، وفيهِ ٱحترازٌ مِنَ الوصيَّةِ .

فإنْ قالَ : بعتُكَ عبدي هٰذا بأَلفِ درهَمٍ ، علىٰ أَنْ يَضمنَ لي فلانٌ بها عليكَ : علىٰ أَنَّهُ بالخِيارِ . . فهٰذا شرطٌ يُفسِدُ الضمانَ ، وهلْ يفسُدُ البيعُ في العبدِ بذٰلكَ ؟ فيهِ قولانِ ، كالقولينِ فيمنْ شَرطَ رَهْناً فاسداً في بيعٍ ، وقد مضىٰ توجيهُهُما في الرهنِ .

مسألةٌ : [براءة ذمة المضمون عنه بالضمان] :

وإذا ضَمِنَ عَنْ غيره دَيناً . تعلَّقَ الدَّينُ بذمَّةِ الضامنِ ، ولا يَبرأُ المضمونُ عنهُ بالضمانِ ، وبهِ قالَ مالكٌ ، وأبو حنيفةَ ، **وعامَّةُ أَهلِ العلمِ** .

وقالَ ٱبنُ أَبي ليلىٰ ، وٱبنُ شُبْرُمَةَ ، وداودُ ، وأبو ثورٍ : (يَبرأُ المضمونُ عنهُ بالضمانِ ، ويتحوَّلُ الحقُّ إلىٰ ذمَّةِ الضامنِ) . وٱحتجُّوا بقولِهِ ﷺ لأَبي قَتادةَ : « حَقُّ ٱلْغَرِيْمِ عَلَيْكَ ، وَٱلْمَيِّتُ مِنْهُ بَرِيءٌ ؟ » ، فقالَ : نَعم . وبقولهِ ﷺ لعليٍّ رضيَ اللهُ عنهُ : « فَكَّ ٱللهُ رِهَانَكَ ، كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيْكَ » .

ودليلُنا : ما رَوىٰ جابرٌ في الرجلِ الذي ضَمِنَ عنهُ أَبو قتادةَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ لقيَ أَبا قَتادةَ بعدَ ذٰلكَ بيومٍ ، فقالَ لهُ : « ما فَعَلَ ٱلدِّيْنَارَانِ ؟ » ، فقالَ : إِنَّما ماتَ بالأَمسِ ، ثُمَّ جاءَهُ أَبو قَتادةَ مِنَ الغدِ ، وقالَ : قد قَضيتُهما يا رسولَ اللهِ ، فقالَ ﷺ : « ٱلآنَ بَرَّدْتَ عَلَيْهِ جِلْدَهُ » . فلو كانَ قدْ تحوَّلَ الدَّينُ عن المضمونِ عنهُ بالضمانِ . لكانَ قَدْ بَرُدَ جلدُهُ بالضمانِ ، ولأَنَّ الضمانَ وثيقةٌ بدينٍ ، فَلَمْ يتحوَّلْ إِلىٰ الوثيقةِ ، ويَسقُطُ عَنِ الذمَّةِ ، كالرهنِ والشهادةِ .

وأَمَّا قولُهُ ﷺ لأَبي قَتادةَ : « وٱلْمَيِّتُ مِنْهُ بَرِيءٌ » يُريدُ بهِ : مِنَ الرجوعِ في تَركتِهِ . وأَمَّا قولُهُ ﷺ لعليٍّ رضيَ اللهُ عنهُ وأَرضاهُ : « فَكَّ ٱللهِ رِهَانَكَ ، كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيْكَ » أَرادَ بهِ : لامتناعهِ ﷺ مِنَ الصلاةِ عليهِ لأَجلِ ما عليهِ مِنَ الدَّينِ ، فلمَّا ضَمِنَهما عنهُ . فُكَّ رهانُهُ بصلاةِ النبيِّ ﷺ ؛ لأَنَّ صلاتَهُ رحمةٌ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فيجوزُ للمضمونِ لهُ مطالبةُ مَنْ شاءَ مِنَ الضامنِ والمضمونِ عنهُ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ رحمَهُ اللهُ .

وقالَ مالكٌ رحمَةُ اللهِ عليهِ : (لا يُطالَبُ الضامِنُ ، إلاَّ إذا تعذَّرتْ مطالبةُ المضمونِ عنهُ) .

دليلُنا : أَنَّ الحقَّ متعلِّقٌ بذمَّةِ كلِّ واحدٍ منهما ، فكانَ لهُ مطالبةُ كلِّ واحدٍ منهما ، كالضامنينِ .

فرعٌ : [يصحُّ ضمان الضامن] :

فإنْ ضَمِنَ عنِ الضامنِ ضامنٌ أجنبيٌّ . . صحَّ الضمانُ ؛ لأنَّهُ دينٌ لازمٌ عليهِ ، فصحَّ كالضمانِ الأوَّلِ ، وإنْ ضَمِنَ عَنِ الضامنِ المضمونُ عنهُ . . لَمْ يَصِحَّ ضَمانُهُ ؛ لأنَّ الضمانَ يُستفادُ بهِ حقُّ المطالبةِ ، ولا فائدةَ في هٰذا الضمانِ ؛ لأنَّ الحقَّ ثابتٌ في ذِمَّتهِ قَبلَ الضمانِ ، ولأنَّ الضامنَ فرعٌ ، والمضمونَ عنهُ أَصلٌ ، فلا يجوزُ أَنْ يَنقلِبَ الأَصلُ فرعاً ، والفرعُ أَصلاً .

مسألةٌ : [الضمان من غير إذن] :

إذا ضَمِنَ عَنْ غيرهِ دَيناً بغيرِ إذنهِ . . لم يكنْ للضامنِ مطالبةُ المضمونِ عنهُ بتخليصِ ذمَّتهِ ؛ لأنَّهُ لَمْ يَدخلْ فيهِ بإذنهِ ، فلَمْ يَلزمْهُ تخليصُهُ ، وإنْ ضَمِنَ عنهُ بإذنهِ ، فإنْ طالبَ المضمونُ لهُ الضامنَ بالحقِّ . . كانَ للضامنِ أَنْ يُطالِبَ المضمونَ عنهُ بتخليصهِ ؛ لأنَّهُ دَخلَ في الضمانِ بإذنهِ ، وإنْ لَمْ يُطالِبِ المضمونُ لهُ الضامنَ . . فهلْ للضامنِ أَنْ يُطالبَ المضمونَ عنهُ ؟ قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : نظرتَ :

فإنْ قالَ : أَعطني المالَ الذي ضَمِنتُهُ عنكَ ليكونَ عندي حتَّىٰ إذا طالَبَني المضمونُ لهُ أَعطيتُهُ ذٰلكَ . . لم يكنْ لهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّهُ لَمْ يَغرمْ .

وإنْ قالَ : خلِّصني مِنْ حقِّ المضمونِ لهُ ، وفُكَّ ذمَّتي مِنْ حقِّهِ ، كما أَوقعتَني فيهِ . . فهلْ لهُ ذٰلكَ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّهُ لزِمَهُ هٰذا الحقُّ مِنْ جهتهِ وبأَمرهِ ، فكانَ لهُ مطالبتُهُ بتخليصهِ ، كما لوِ ٱستعارَ عبداً ليرهَنَهُ ، فرَهَنَهُ . . فللمعيرِ أَنْ يُطالِبَ المستعيرَ بقضاءِ الدَّينِ ، وفَكِّ العبدِ .

والثاني : ليسَ لهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّهُ إذا لَمْ يُطالبْهُ المضمونُ لهُ . . فلا ضَررَ عليهِ في كونِ الحقِّ في ذمَّتهِ ، فلَمْ يكنْ لهُ مطالبتُهُ بذٰلكَ ، ويفارقُ العبدَ المرهونَ ؛ لأنَّ علىٰ المولىٰ ضرراً في كونِ العبدِ مرهوناً .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٢٨٥] : وأَصلُ هٰذينِ الوجهينِ ما قالَ ٱبنُ سُريجٍ : هلْ يَنعقِدُ بينَ الضامنِ والمضمونِ عنهُ حكمٌ بنفسِ الضمانِ ؟ على قولينِ[١] ، ولهٰذا خمسُ فوائدَ :

إحداهنَّ : هٰذهِ المسأَلةُ المتقدِّمةُ .

الثانيةُ : إذا دفعَ المضمونُ عنهُ إلى الضامنِ مالَ الضمانةِ عوضاً عمَّا سيَغرَمُ . . فهلْ يَملِكهُ الضامنُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَملِكُهُ ؛ لأَنَّ الرجوعَ يتعلَّقُ بسَبَبَي الضمانِ والغُرمِ ، وقد وُجِدَ أَحدُهما ، فجازَ تقديمُهُ على الآخَرِ ، كإخراجِ الزكاةِ بعدَ النصابِ وقبلَ الحولِ .

فعلىٰ هٰذا : إنْ قضى الحقَّ . . ٱستقرَّ مِلكُهُ على ما قَبَضَ ، وإنْ أُبرِىءَ مِنَ الدَّينِ قَبلَ القضاءِ . . وجبَ ردُّ ما أَخذَ .

والوجهُ الثاني : أَنَّهُ لا يَملِكُ ما قَبَضَ ؛ لأَنَّهُ أَخذهُ بدلاً عمَّا يجبُ في الثاني ، فلا يَملِكُهُ ، كما لو دُفعَ إليهِ شيءٌ عنْ بيعٍ لَمْ يُعقَدْ .

فعلىٰ هٰذا : يجبُ ردُّهُ ، وإنْ تَلِفَ . . ضَمِنَهُ ؛ لأَنَّهُ قبضَهُ على وجهِ البدلِ ، فضَمِنَهُ ، كالمقبوضِ بسَومِ البيعِ .

المسأَلةُ الثالثةُ : لو أَبرأَ الضامنُ المضمونَ عنهُ عمَّا سَيغرمُ . . هلْ يَصِحُّ ؟ على الوجهينِ .

الرابعة : لو ضُمِنَ الضامنُ مِنْ ضامنٍ[٢] عَنِ المضمونِ عنهُ . . هلْ يَصِحُّ ؟ فيهِ وجهانِ .

وعلىٰ قياسِ هٰذا : إذا رَهَنَ المضمونُ عنهُ الضامنَ بما ضَمِنَ عنهُ . . هلْ يَصِحُّ ؟ على الوجهينِ .

---

(١) عبارة الفوراني في « الإبانة » : على وجهين .
(٢) في (م) : (ضمن للضامن ضامن) .

الخامسةُ : لو ضَمِنَ في الابتداءِ ، بشرطِ أَنْ يعطيَهُ المضمونُ عنه ضامناً[١] معيَّناً بما ضَمِنَ . . هل يصحُّ ؟ علىٰ الوجهينِ .

وعلىٰ قياسِ هٰذا : إذا ضَمِنَ عنهُ بإذنهِ بشرطِ أَنْ يَرهَنَهُ رهناً معلوماً . . هلْ يَصِحُّ ؟ علىٰ الوجهينِ .

مسأَلَةٌ : [براءة الضامن إذا قُبض المضمون] :

إذا قَبَضَ المضمونُ لَهُ الحقَّ مِنَ المضمونِ عنهُ . . بَرِئَ الضامنُ ؛ لأَنَّ الضمانَ وثيقةٌ بالحقِّ ، فانحلَّتْ بٱستيفاءِ الحقِّ ، كما لوِ ٱستوفىٰ المرتَهِنُ الحقَّ مِنْ غيرِ الرهنِ . وإِنْ قَبَضَ الحقَّ مِنَ الضامنِ . . بَرِئَ المضمونُ عنهُ ؛ لأَنَّهُ قَبَضَ الحقَّ مِنَ الوثيقةِ ، فَبرِئَ مَنْ عليهِ الحقُّ ، كالمرتَهِنِ إذا ٱستوفىٰ حقَّهُ مِنْ ثَمَنِ الرهنِ .

وإِنْ أَبرأَ المضمونُ لهُ المضمونَ عنهُ . . بَرِئَ المضمونُ عنهُ ، وبَرِئَ الضامنُ ؛ لأَنَّ المضمونَ عنهُ أَصلٌ ، والضامنَ فرعٌ ، فإذا بَرِئَ الأَصلُ . . بَرِئَ الفرعُ ، وإِنْ أَبرأَ الضامِنَ . . بَرِئَ الضامِنُ ، ولَمْ يَبرأ المضمونُ عنهُ ، كالمرتَهِنِ إذا أَسقَطَ حقَّهُ مِنَ الرهنِ . فإِنَّ الراهنَ لا يَبرأُ .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٢٨٥] : وإِنْ قالَ المضمونُ لهُ للضامنِ : وهبتُ الحقَّ منكَ ، أَو تصدَّقتُ بهِ عليكَ . . كانَ ذٰلكَ إبراءً منهُ للضامنِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يكونُ كما لو ٱستوفىٰ منهُ الحقَّ) .

دليلُنا : أَنَّ الاستيفاءَ منهُ هوَ أَنْ يُغرِّمَ الضامنَ ، ولَمْ يَغرمْ شيئاً .

فرعٌ : [ضمان الضامن جائز وإن تسلسل] :

وإِنْ ضَمِنَ عنِ الضامنِ ضامنٌ ، ثُمَّ ضَمِنَ عَنِ الضامنِ الثاني ثالثٌ ، ثُمَّ رابعٌ عَنِ الثالثِ . . صحَّ ذٰلكَ ، فإذا قَبَضَ المضمونُ لَهُ حقَّهُ مِنْ أَحدِهِمْ . . بَرِئَ الجميعُ منهم ؛ لأَنَّهُ قَدِ ٱستوفىٰ حقَّهُ ، وإِنْ أَبرأَ المضمونُ لهُ المضمونَ عنهُ أَوَّلاً . . بَرِئوا جميعاً ، وإِنْ

---

(١) ضامناً : يعني ضماناً .

أَبرأَ أَحدَ الضُّمناءِ . . بَرِئَ ، وبَرِئَ فَرْعهُ ، وفرعُ فرعِهِ ، ولا يَبرأُ أَصلُهُ ؛ لِما ذَكرناهُ في المسأَلةِ قبلَها .

مسأَلةٌ : [قضاء الضامن الحقَّ] :

وإذا قضىٰ الضامنُ الحقَّ . . فهلْ يَرجِعُ علىٰ المضمونِ عنهُ ؟ فيهِ أَربعُ مسائلَ :

إِحداهنَّ : إِنْ ضَمِنَ بإِذنهِ ، وقضىٰ بإِذنهِ . . فإِنَّهُ يرجِعُ عليهِ ، وبهِ قالَ مالكٌ ، وأَحمدُ ، وأَبو يوسفَ .

وقالَ أَبو حنيفةَ ، ومحمَّدٌ : (إِنْ قالَ : ٱضمَنْ عنِّي هٰذا الدَّينَ ، أَوِ انقِدْ[1] عنِّي . . رَجعَ عليهِ . وإِن قال : ٱضمنْ هـٰذا الدينَ أَوِ ٱنْقُدْهُ ، ولَمْ يَقُلْ : عنِّي . . لَمْ يَرجع عليهِ ، إِلاَّ أَنْ يكونَ بينَهما خِلطَةٌ ، مثلُ : أَنْ يكونَ يُودِعُ أَحدُهما الآخَرَ ، أَو يَستقرِضُ أَحدُهما مِنَ الآخرِ ، أَو يكونَ ذَا قَرابةٍ منهُ ، أَوْ زوجيَّةٍ ، فالاستحسانُ : أَنْ يَرجِعَ عليهِ) .

دليلُنا : أَنَّهُ ضَمِنَ عنهُ بأَمرِهِ ، وقَضىٰ عنهُ بأَمرِهِ ، فرَجَعَ عليهِ ، كما لو قالَ : ٱضمَنْ عنِّي ، أَو كانَ بينَهما قَرابةٌ .

الثانية : أَنْ يَضمنَ عنهُ بغيرِ أَمرِهِ ، ويَقضيَ عنهُ بغيرِ إِذنهِ ، فإِنَّهُ لا يَرجِعُ عليهِ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ .

وقالَ مالكٌ ، وأَحمدُ : (لهُ أَنْ يَرجِعَ) .

دليلُنا : (أَنَّ النبيَّ ﷺ لَمْ يكنْ يُصلِّي علىٰ مَنْ عليهِ دينٌ) . وقَدْ ضَمِنَ عليٌّ ، وأَبو قَتادةَ عَنِ المَيِّتَينِ بحضرةِ النبيِّ ﷺ بغيرِ إِذنِهما ، فصلَّىٰ عليهِما النبيُّ ﷺ ، ولو كانَ للضامنِ أَنْ يَرجِعَ علىٰ المضمونِ عنهُ إِذا ضَمِنَ بغيرِ إِذنهِ . . لَمَا صلَّىٰ عليهِما النبيُّ ﷺ .

ولأَنَّ النبيَّ ﷺ قال لأَبي قَتادةَ : « ٱلآنَ بَرَّدتَ عَلَيْهِ جِلْدَهُ » . فلو كانَ إِذا قَضىٰ عنهُ يَستحِقُّ عليهِ الرجوعَ . . لَمْ يُبرِّدْ عليهِ جلدَهُ .

---

(١) انقِد : أعطِ ، وانتقدَها : قبضها .

ولأنَّهُ ضَمِنَ عنهُ بغيرِ إذنهِ ، وقضىٰ عنهُ بغيرِ أمرهِ ، فلَمْ يَرجع عليهِ ، كما لو عَلَفَ دوابَّهُ ، أَو أَطعمَ عبيدَهُ .

الثالثة : إذا ضَمِنَ بغيرِ إذنهِ ، وقضىٰ بإذنهِ . . فهلْ يَرجِعُ عليهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَرجِعُ عليهِ ، **وهوَ المذهبُ** ؛ لأَنَّهُ لَزِمَهُ بغيرِ إذنهِ ، وأَمرُهُ بالقضاءِ انصرفَ إلىٰ ما وَجبَ عليهِ بالضمانِ .

والثاني : يَرجِعُ عليهِ ؛ لأَنَّهُ أَدَّىٰ عنهُ بأَمرهِ ، فرجَعَ عليهِ ، كما لو ضَمِنَ عنهُ بإذنه .

وأَصلُ هٰذينِ الوجهينِ : مَنْ قالَ لغيرهِ : اقضِ عنِّي دَيني ، وقَضىٰ عنهُ . . فهلْ لهُ أنْ يرجعَ عليهِ ؟ فيهِ وجهانِ .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٢٨٦] ، والصيمَريُّ : إلاَّ أَنَّ **الأَصحَّ** هاهُنا : أَنْ يَرجِعَ ، **والأَصحَّ** في الأُولىٰ : أَنْ لا يَرجِعَ ، والفرقُ بينَهما : أَنَّ في الضمانِ وَجبَ في ذمَّتهِ بغيرِ إذنه ، وفي القضاءِ لَمْ يَتعلَّقِ الحقُّ بذمَّتهِ ، بَلْ حَصلَ القضاءُ بإذنهِ .

وإنْ قالَ : اقضِ الدَّينَ ، ولم يقلْ عنِّي ، فإنْ قلنا في التي قبلَها : لا يَرجِعُ عليهِ . . فهاهُنا أَولىٰ أَنْ لا يَرجِعَ عليهِ . وإنْ قلنا هناكَ : يَرجِعُ . . فهاهُنا فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الصَيمَريُّ ، **الصحيحُ** أَنَّهُ لا يَرجِعُ .

وإنْ قالَ : اقضِ عنِّي دَيني لترجعَ عليَّ ، فقَضىٰ عنهُ . . رَجَعَ عليهِ ، وجهاً واحداً ؛ لقولهِ ﷺ : « الْمُؤْمِنُوْنَ عِنْدَ شُرُوْطِهِمْ » .

وإنْ قالَ : اقضِ عَنْ فلانٍ دَينَهُ ، فقَضىٰ عنهُ . . قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٢٨٦] : لَمْ يَرجع عليهِ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّهُ لا غَرَضَ لهُ في ذٰلكَ .

المسأَلةُ الرابعةُ : إذا ضَمِنَ عنهُ بأَمرهِ ، وقَضىٰ بغيرِ إذنِهِ . . فهلْ لهُ أَنْ يَرجِعَ عليهِ ؟ فيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ ، حكاها الشيخُ أَبو حامدٍ :

أَحدُها : يَرجِعُ عليهِ ، **وهوَ المذهبُ** ؛ لأَنَّهُ دينٌ لزمَهُ بإذنهِ ، فرجعَ عليهِ ، كما لو ضمنَ بإذنهِ ، وقضىٰ بإذنِهِ .

والثاني : لا يرجعُ عليهِ ؛ لأَنَّهُ أَسقطَ الدَّينَ عنهُ بغيرِ إذنهِ ، فلَمْ يَرجعْ عليهِ ، كما لو ضَمِنَ بغيرِ إذنهِ ، وقضى بغير إذنهِ .

والثالثُ ـ وهوَ قولُ أَبي إِسحاقَ ـ : إنْ كانَ الضامنُ مُضطراً إلىٰ القضاءِ ، مثلَ : أَنْ يُطالِبَهُ المضمونُ لهُ ، والمضمونُ عنهُ غائبٌ أَو حاضرٌ معسِرٌ ، فقَضىٰ المضمونَ لهُ . . رَجَعَ الضامنُ ؛ لأَنَّهُ مُضطرٌ إلىٰ القضاءِ ، وإِنْ كانَ غيرَ مضطرٍ إلىٰ القضاءِ ، مثلَ : أَنْ كانَ المضمونُ عنهُ حاضراً موسِراً يمكنهُ أَنْ يُطالبَهُ بتخليصهِ مِنَ الضمانِ ، فقضىٰ . . لَمْ يَرجع ؛ لأَنَّهُ مُتطوِّعٌ بالأَداءِ .

وكلُّ موضعٍ يثبتُ للضامنِ الرجوعُ علىٰ المضمونِ عنهُ ، فأَحالَ الضامنُ المضمونَ لهُ بالحقِّ علىٰ مَنْ لهُ عليهِ دينٌ ، فإِنَّهُ يَرجِعُ علىٰ المضمونِ عنهُ في المُحالِ ؛ لأَنَّ الحَوالةَ كالقبضِ ، وإِنْ أَحالهُ علىٰ مَنْ لا حقَّ لهُ عليهِ ، وقَبِلَ المُحالُ عليهِ ، وقلنا : يَصِحُّ . . بَرِئَ الضامنُ والمضمونُ عنهُ ، ولا يَرجِعُ الضامنُ علىٰ المضمونِ عنهُ بشيءٍ في الحالِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَغرَمْ شيئاً ، فإِنْ قَبَضَ المحتالُ مِنَ المُحالِ عليهِ ، ورجعَ المُحالُ عليهِ علىٰ الضامنِ . . رَجَعَ الضامنُ علىٰ المضمونِ عنهُ ، وإِنْ أَبرأَ المُحتالُ المُحالَ عليهِ مِنْ مالِ الحَوالةِ . . لَمْ يَرجعِ المُحالُ عليهِ علىٰ المُحيلِ ، وهوَ الضامنُ بشيءٍ ، ولَمْ يَرجعِ الضامنُ علىٰ المضمونِ عنهُ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَغرَمْ واحدٌ منهما شيئاً ، وإِنْ قَبَضَ المُحتالُ الحقَّ مِنَ المُحالِ عليهِ ، ثُمَّ وَهَبهُ منهُ ، أَو قَبَضَ المضمونُ لهُ الحقَّ مِنَ الضامنِ ، ثُمَّ وَهَبهُ منهُ . . فهلْ لهما الرجوعُ ؟ فيهِ وجهانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في المرأَةِ إِذا وَهَبتْ صَداقَها مِنَ الزوجِ ، ثُمَّ طلَّقَها قَبلَ الدخولِ .

فرعٌ : [القبض من أَحد المدينين المتضامنين] :

وإِنْ كانَ لرجلٍ علىٰ رجلينِ أَلْفُ درهَمٍ ، علىٰ كلِّ واحدٍ منهما خمسُ مئةٍ ، وكلُّ واحدٍ منهما ضامنٌ عَنْ صاحبهِ . فلِمَنْ لهُ الدَّينُ أَنْ يُطالبَ بالأَلْفِ مَنْ شاءَ منهما جميعاً ، فإِنْ قَبَضَ مِنْ أَحدِهما أَلفاً . . بَرِئا جميعاً ، وكانَ للدافعِ أَنْ يَرجعَ علىٰ صاحبهِ بخمسِ مئةٍ إِنْ ضَمِنَ بإِذنهِ ، وقَضىٰ بإِذنهِ .

وإِنْ قَبَضَ مِنْ أَحدِهما خمسَ مئةٍ ، فإِنْ قالَ الدافعُ : خُذْها عَنِ التي لكَ عليَّ أَصلاً . . لَمْ يَرجعِ الدافعُ علىٰ صاحبهِ بشيءٍ ، وإِنْ قالَ : خُذْها عَنِ التي ضَمِنتُ . . بَرِئا عنها ، وكانَ رجوعُهُ علىٰ صاحبهِ علىٰ ما مضىٰ ، وإِنْ دَفعها إِليهِ وأَطلقَ ، فٱختلفَ

الدافعُ والقابضُ ، فقالَ الدافعُ : دَفعتُها وعيَّنْتُها عَنِ التي ضَمِنتُها ، أَو نويتُها عنها . وقالَ المضمونُ لهُ : بَلْ عيَّنتَها ، أَو نَويتَها عَنِ التي هيَ أَصلٌ عليكَ . . فالقولُ قولُ الدافعِ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّهُ أَعلمُ بقولهِ ونيَّتهِ ، وإِنِ ٱتَّفقا أَنَّهُ لَمْ يُعيِّنْها عَنْ أَحدِهما ، ولا نَواها ، ثُمَّ ٱختلفا في جهةِ صَرفِها . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يُصرفُ إِليهما نِصفينِ .

والثاني : للدافعِ أَنْ يَصرِفَها إِلىٰ أَيِّهما شاءَ ، وقد مضىٰ دليلُ الوجهينِ في الرهنِ .

وإِنْ أَبرأَهُ المضمونُ لهُ عَنْ خمسِ مئةٍ ، وٱختلفا فيما وَقعتْ عليهِ البراءةُ . . ففي هٰذهِ المسائلِ : القولُ قولُ المضمونِ لهُ ، فيما أَبرأَ عنهُ إِذا ٱختلفا في تعيينه ، أَو نيَّتهِ .

وإِنْ أَطلقَ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَنصرِفُ إِليهما .

والثاني : يُعيِّنُهُ المضمونُ لهُ فيما شاءَ .

فرعٌ : [دفع الضامن الصحاح بدل المكسرة] :

إِذا ضَمِنَ عَنْ غيرهِ أَلفَ درهمٍ مكسَّرةً ، فدَفعَ إِليهِ أَلفَ درهَمٍ صِحاحاً في موضعٍ ثَبتَ لهُ الرجوعُ علىٰ المضمونِ عنهُ . . فإِنهُ لا يَرجِعُ عليهِ بالصِّحاحِ ؛ لأَنَّهُ تَطوَّعَ بتسليمِها ، وإِنَّما يَرجِعُ بالمكسَّرةِ .

وإِنْ ضَمِنَ عنهُ أَلفَ درهمٍ صِحاحاً ، فَدفعَ أَلفاً مكسَّرةً . . لَمْ يَرجِع إِلاَّ بالمكسَّرةِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَغرَمْ غيرَها .

وإِنْ صالحَ الضامنُ عَنِ الأَلفِ علىٰ ثوبٍ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهو المشهور ـ : أَنَّهُ يَرجِعُ علىٰ المضمونِ عنهُ بأَقلِّ الأَمرينِ مِنْ قيمةِ الثوبِ ، أَوِ الأَلْفِ ؛ لأَنَّهُ إِنْ كانَ قيمةُ الثوبِ أَقلَّ . . لَمْ يَرجِع بما زادَ عليهِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَغرَمْ غيرَ ذٰلكَ . وإِنْ كانتْ قيمةُ الثوبِ أَكثرَ مِنَ الأَلفِ . . لَمْ يَرجِع بما زادَ علىٰ الأَلفِ ؛ لأَنَّهُ متطوِّعٌ بالزيادةِ عليهِ .

والوجهُ الثاني ـ حكاهُ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٢٨٦] ، والشيخُ أَبو نصرٍ ـ : أَنَّهُ

يَرجِعُ بالأَلفِ بكلِّ حالٍ ، وهوَ قولُ أَبي حنيفةَ رحمَهُ اللهُ ، كما لوِ ٱشترىٰ رجلٌ شِقصاً بأَلْفٍ ، ثُمَّ أَعطاهُ عنِ الأَلفِ ثوباً يساوي خمسَ مئةٍ . . فإِنَّ المشتريَ يَرجِعُ علىٰ الشفيعِ بأَلْفٍ ، وأَمَّا إِذا صالحَ الضامنُ المضمونَ لهُ عَنِ الأَلفِ علىٰ خمسِ مئةٍ ، وقلنا : يَصِحُّ . . فإِنَّ الضامنَ والمضمونَ عنهُ يَسقطُ عنهما الأَلفُ ، كما لو أَخذَ بالأَلفِ ثوباً يساوي خمسَ مئةٍ .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٢٨٦] : ولا يَرجِعُ الضامنُ علىٰ المضمونِ عنهُ إِلاَّ بخمسِ مئةٍ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَغرَمْ غيرَها .

فرعٌ : [ضمان ذميٍّ لذميٍّ عن مسلم] :

وإِنْ كانَ علىٰ مسلمٍ لذِمِّيٍّ أَلفُ درهَمٍ ، فَضَمِنَ عنهُ ذِمِّيٌّ ، ثُمَّ إِنَّ الضامنَ صالحَ المضمونَ لهُ عَنِ الدَّينِ الذي ضَمِنَهُ علىٰ المسلمِ علىٰ خمرٍ أَو خِنزيرٍ . . فهلْ يَصِحُّ الصلحُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَصِحُّ ، ولا يَبرأُ واحدٌ منهما عَنْ حقِّ المضمونِ لهُ ؛ لأَنَّهُ متَّصلٌ بحقِّ المسلمِ .

والثاني : يَصِحُّ ؛ لأَنَّ المعاملةَ بينَ ذِمِّيَّيْنِ .

فإِذا قلنا بهٰذا : فبماذا يَرجِعُ الضامنُ علىٰ المسلمِ ؟

إِنْ قلنا : إِنَّهُ إِذا صالحهُ علىٰ ثوبٍ يَرجِعُ عليهِ بأَقلِّ الأَمرينِ . . لَمْ يَرجِع هاهنا بشيءٍ ، وإِنْ قلنا : يَرجِعُ عليهِ بالأَلفِ . . رَجَع هاهنا بها أَيضاً .

فرعٌ : [تعجيل الضامن الدفع] :

وإِنْ ضَمِنَ عَنْ غيرِهِ ديناً مؤَجَّلاً بإِذنهِ ، ثُمَّ إِنَّ الضامنَ عجَّلَ الدَّينَ للمضمونِ لهُ قَبلَ أَجلهِ . . لَمْ يَرجِع علىٰ المضمونِ عنهُ قَبلَ حلولِ الأَجلِ ؛ لأَنَّهُ تطوَّعَ بالتعجيلِ .

وإِنْ ضَمِنَ رجلٌ صداقَ ٱمرأَةٍ ، فأَدَّاهُ إِليها الضامنُ ، فٱرتدَّتْ قَبلَ الدخولِ . . سَقطَ مَهرُها .

قالَ المسعوديُّ : [في « الإبانة » ق/٢٨٦] : وتَرُدُّ المرأَةُ ما قَبَضتْ مِنَ الصَّداقِ إِلىٰ الزوجِ ، ثُمَّ تَردُّهُ إِلىٰ الضامنِ .

فرعٌ : [إنكار المضمون له القبضَ يُقبل مع يمينه] :

إذا ضَمِنَ رجلٌ عَنْ غيرِهِ أَلفَ درهمٍ بإذنهِ ، ثُمَّ ٱدَّعىٰ الضامنُ أَنَّهُ دَفعَها إِلىٰ المضمونِ لهُ ، وأَنكرَ المضمونُ لهُ ذٰلكَ ، ولَمْ تكنْ هناكَ بيِّنةٌ . . فالقولُ قولُ المضمونِ لهَ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ القبضِ ، فإذا حَلفَ . . كانَ لهُ أَنْ يُطالِبَ أَيَّهما شاءَ ؛ لأَنَّ حقَّهُ ثابتٌ في ذمَّتِهما ، فإِنْ أخذَ الأَلفَ مِنَ المضمونِ عنهُ . . بَرِئَتْ ذِمَّتُهُ ، وذِمَّةُ الضامنِ ، وهلْ للضامنِ أَنْ يَرجِعَ بالألفِ الأُولىٰ علىٰ المضمونِ عنهُ ؟ لا يخلو : إِمَّا أَنْ يكونَ دَفَعَ بغيرِ مَحضَرِ المضمونِ عنهُ ، أَو بمَحضَرِهِ :

فإِنْ دَفَعَ بغيرِ محضَرِهِ ، فلا يخلو : إِمَّا أَنْ يُشهِدَ علىٰ الدفعِ أَو لَمْ يُشهِدْ ، فإِنْ لَمْ يُشْهِدْ علىٰ الدفعِ ، نظرتَ في المضمونِ عنهُ :

فإِنْ صدَّقَ الضامنَ أَنَّهُ دَفَعَ . . فهلْ لهُ الرجوعُ عليهِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما ٱبنُ الصبَّاغ :

أَحدُهما ـ وهوَ قولُ أَبي عليٍّ بنِ أَبي هريرةَ ـ : أَنَّهُ يَرجِعُ عليهِ ؛ لأَنَّهُ قَدْ صدَّقَهُ أَنَّهُ أَبرأَ ذِمَّتَهُ بدفعِ الأَلفِ ، فكانَ لهُ الرجوعُ عليهِ ، كما لو كانَ دَفَعَ بحضرَتِهِ .

والثاني ـ وهوَ قولُ أَبي إِسحاقَ ـ : أَنَّهُ لا يَرجِعُ عليهِ بشيءٍ ، **وهوَ المشهورُ** ، ولَمْ يَذكرِ الشيخُ أَبو حامدٍ غيرَهُ ؛ لأَنَّهُ يقولُ : وإِنْ دفعتَ ، فَلَمْ تدفَع دفعاً يُبرِّئُني مِنْ حقِّهِ ؛ لأَنَّكَ لَمْ تُسقِط بذٰلكَ عنِّي المطالبةَ ، فَلَمْ تَستحِقَّ عليَّ بذٰلكَ رُجوعاً ، ويخالفُ إِذا كانَ بحضرتهِ ، فإِنَّ المُفرِّطَ هوَ المضمونُ عنهُ .

وإِنْ كذَّبهُ المضمونُ عنهُ . . فهلْ عليهِ اليمينُ ؟

إِنْ قلنا : لو صدَّقهُ كانَ لهُ الرجوعُ . . كانَ علىٰ المضمونِ عنهُ أَنْ يَحلِفَ : أَنَّهُ ما يَعلَمُ أَنَّهُ دفعَ .

وإنْ قلنا : لو صدَّقَهُ لا رجوعَ لهُ عليهِ . . فلا يمينَ عليهِ .

وإن آختارَ المضمونُ لهُ أَنْ يَرجِعَ علىٰ الضامنِ ، فرَجَعَ عليهِ . . برِئَتْ ذِمَّةُ المضمونِ عنهُ والضامنِ ، وهَلْ للضامنِ أَنْ يَرجِعَ علىٰ المضمونِ عنهُ إذا صدَّقَهُ في دَفعِ الأُولىٰ ؟

إنْ قلنا بقولِ أَبي عليٍّ بنِ أَبي هريرةَ : إنَّ للضامنِ أَنْ يَرجِعَ بالأُولىٰ علىٰ المضمونِ عنهُ إذا رجعَ المضمونُ لهُ علىٰ المضمونِ عنهُ . . رجعَ الضامنُ هاهنا بالأَلفِ الأُولىٰ علىٰ المضمونِ عنهُ ، ولا يَرجِعُ عليهِ بالثانيةِ ؛ لأَنَّهُ يعترفُ أَنَّهُ وزَنَها ظُلماً ، فلا يَرجِعُ علىٰ غيرِ مَنْ ظَلَمَهُ . وإنْ قلنا بالمشهورِ : إنَّهُ لا يَرجِعُ عليهِ بشيءٍ في الأُولىٰ . . فهلْ يَرجِعُ هاهنا بشيءٍ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما آبنُ الصبَّاغِ :

أَحدُهما : لا يَرجِعُ عليهِ بشيءٍ ، أَمَّا الأُولىٰ : فقد مضىٰ الدليلُ عليها ، وأَمَّا الثانيةُ : فلا يَرجِعُ بها ؛ لأَنَّهُ يَعترِفُ أَنَّ المضمونَ لهُ ظَلَمَهُ بأَخذِها ، فلا يَرجِعُ بها علىٰ غيرِ مَنْ ظَلَمَهُ .

والثاني : يَرجِعُ عليهِ ، ولَمْ يذكرِ الشيخُ أَبو حامدٍ غيرَهُ ؛ لأَنَّهُ قد أَبرأَ المضمونَ عنهُ بدفعهِ عنهُ ظاهراً وباطناً ، فكانَ لهُ الرجوعُ عليهِ ، كما لو دَفعَ بالبيِّنةِ .

فإذا قلنا بهٰذا : فبأَيَّتِهِما يَرجِعُ ؟ فيهِ ثلاثةُ أَوجُهٍ :

أَحدُها ـ وهوَ قولُ القاضي أَبي حامدٍ ـ : أَنَّهُ يَرجِعُ عليهِ بالثانيةِ ؛ لأَنَّ المطالبةَ عَنِ المضمونِ عنهُ سَقطتْ بها في الظاهرِ .

والثاني : يَرجِعُ بالأُولىٰ ؛ لأَنَّ براءَةَ الذمَّةِ حَصلَتْ بها في الباطنِ .

والثالثُ ـ وهوَ قولُ آبنِ الصبَّاغِ ـ : أَنَّهُ يَرجِعُ بأَقلِّهما ؛ لأَنَّهُ إنْ كانَ قدِ آدَّعىٰ أَنَّهُ دفَعَ في المرَّةِ الأُولىٰ ثوباً قيمتُهُ دونَ الأَلفِ ، وفي الثانيةِ دَفَعَ الأَلفَ . . فقد أَقرَّ بأَنَّ الثانيةَ ظَلَمهُ بها المضمونُ لهُ ، فلا يَرجِعُ بها علىٰ غيرِ مَنْ ظَلَمَهُ ، وإنْ كانَ يدَّعي أَنَّهُ دفَعَ في المرَّةِ الأُولىٰ أَلفَ درهمٍ ، وفي المرَّةِ الثانيةِ ثوباً قيمتُهُ دونَ الأَلفِ . . لَمْ يَرجِع إلاَّ بقيمةِ الثوبِ ؛ لأَنَّهُ لو لَمْ يَدفَعْهُ . . لَمْ يَستحِقَّ الرجوعَ بالأُولىٰ ، فلَمْ يَستحِقَّ إلاَّ قيمةَ الثوبِ .

فإنْ كانَ الضامنُ حينَ دفعِ الأَلفِ الأُولىٰ بغيرِ مَحضَرِ المضمونِ عنهُ قدْ أَشهدَ علىٰ الدفعِ ، فإنْ كانتِ البيِّنةُ قائمةً . . حُكِمَ بها علىٰ المضمونِ لهُ ، ولَمْ تُقبلْ يمينُهُ ، ويكونُ

للضامنِ أَنْ يَرجِعَ علىٰ المضمونِ عنهُ ، وإِنْ كانتِ البيِّنةُ غيرَ قائمةٍ ، فصدَّقهُ المضمونُ عنهُ أَنَّهُ قد دَفعَ ، وأَشهدَ . . نظرتَ :

فإِنْ كانَ قد أَشهدَ شاهدينِ عدلينِ ، إلاَّ أَنَّهما غابا ، أَو ماتا ، أَو فَسَقا . . فإِنَّ المضمونَ لهُ إِذا حَلَفَ . . كانَ لهُ أَنْ يَرجِعَ علىٰ أَيِّهما شاءَ ، فإِنْ رَجَعَ علىٰ المضمونِ عنهُ . . كانَ للضامنِ أَنْ يَرجِعَ أَيضاً علىٰ المضمونِ عنهُ بالأَلفِ التي قد دَفَعَ عنهُ ؛ لأَنَّهُ قَدِ ٱعترفَ أَنَّهُ دَفَعَ عنهُ دفعاً يُبرئُهُ ، ولا صُنعَ لهُ في تعذُّرِ الشهادةِ ، وإِنْ رَجعَ المضمونُ لهُ علىٰ الضامنِ . . لَمْ يَرجِعْ بالثانيةِ ؛ لأَنَّهُ ظَلمَهُ بها ، وإِنَّما يَرجِعُ بالأُولىٰ ؛ لِمَا ذَكرناهُ .

وإِنْ أَشهدَ شاهدينِ عبدينِ ، أَو كافرينِ ، أَو فاسقينِ ظاهرِي الفِسقِ . . فهوَ كما لو لَمْ يُشهِدْ ، هلْ لهُ أَنْ يَرجِعَ علىٰ المضمونِ عنهُ ؟ علىٰ الوجهينِ إِذا صدَّقهُ علىٰ الدفعِ ، ولَمْ يُشهِدْ علىٰ ما مضىٰ في الأُولىٰ مِنَ التفريعِ .

وإِنْ أَشهدَ شاهدينِ ظاهرُهما العدالةُ ، ثُمَّ بانَ أَنَّهما كانا فاسقينِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَرجِعُ الضامنُ علىٰ المضمونِ عنهُ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يُفرِّط في الإِشهادِ ، وليسَ عليهِ المعرفةُ في الباطنِ .

فعلىٰ هٰذا : حَكمُهُ حكمُ ما لو أَشهدَ عدلينِ ، ثُمَّ ماتا .

والثاني : حُكمُهُ حكمُ ما لو لَمْ يُشهدْ ؛ لأَنَّهُ أَشهدَ مَنْ لا تَثبُتُ الحقوقُ بشهادتِهِ ، فأَشبهَ العبدينِ .

وإِنْ أَشهدَ شاهداً واحداً عَدْلاً ، فإِنْ كانَ موجوداً . . حلَفَ معهُ ، وكانَ كما لو أَشهدَ عدلينِ ، وحُكِمَ بشهادتِهما ، وإِنْ كانَ مَيْتاً ، أَو غائباً ، أَو طرأَ عليهِ الفِسقُ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : حُكمهُ حكمُ ما لو أَشهدَ عدلينِ ، ثُمَّ فَسَقا ؛ لأَنَّهُ دَفَعَ بحجَّةٍ ، وإِنَّما عُدِمتْ ، كالشاهدينِ .

والثاني : حكمهُ حكمُ ما لو لَمْ يُشهِدْ ؛ لأَنَّهُ فرَّطَ حيثُ ٱقتصرَ علىٰ بيِّنةٍ مختلَفٍ في قَبولِها ، فهوَ كما لو لَمْ يُشهِدْ .

وأَمَّا إِذا دَفَعَ الضامنُ الأَلفَ الأُولىٰ بمَحضَرٍ مِنَ المضمونِ عنهُ ، فإِنْ أَشهدَ علىٰ

الدفعِ ، فإِنْ كانتِ البيِّنةُ قائمةً . . أَقامَها وحُكِمَ بِها ، وإِنْ كانتْ غيرَ قائمةٍ . . فعلىٰ ما مضىٰ ، وإِنْ لَمْ يُشهِدْ ، فَحَلَفَ المضمونُ لهُ . . رَجَعَ علىٰ مَنْ شاءَ منهما ، وهلْ للضامنِ أَنْ يَرجِعَ علىٰ المضمونِ عنهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : حُكمُهُ حُكمُ ما لو لَمْ يُشهِدْ ، وكانَ الدفعُ بغيبةِ المضمونِ عنهُ علىٰ ما مضىٰ ؛ لأَنَّهُ فرَّطَ في تَركِ الإِشهادِ ، فصارَ كما لو دَفَعَ في غيبةِ المضمونِ عنهُ .

والثاني ـ وهو المنصوص ـ : (أَنَّهُ يَرجِعُ عليهِ) ؛ لأَنَّ المُفرِّطَ في تركِ الإِشهادِ هو المضمونُ عنهُ .

وإِنِ ٱدَّعىٰ الضامنُ أَنَّهُ دَفَعَ الحقَّ إِلىٰ المضمونِ لهُ ، فأَنكرَ ذٰلكَ المضمونُ لهُ والمضمونُ عنهُ ، ولَمْ تكنْ هناكَ بيِّنةٌ . . فالقولُ قولُ المضمونِ لهُ ، فإِنْ لَمْ يَحلِفْ . . رُدَّتِ اليمينُ علىٰ الضامنِ ، فإِنْ حَلَفَ . . بَنَيْنا علىٰ القولينِ في يمينِ المدَّعي معَ نكولِ المدَّعىٰ عليهِ :

فإِنْ قلنا : إِنَّهُ كالبيِّنةِ . . بَرِىءَ الضامنُ والمضمونُ عنهُ مِنْ دَينِ المضمونِ لهُ ، وكانَ للضامنِ أَنْ يَرجِعَ علىٰ المضمونِ عنهُ .

وإِنْ قلنا : إِنَّ يمينَ المدَّعي معَ نكولِ المدَّعىٰ عليهِ كإِقرارِ المدَّعىٰ عليهِ . . فهوَ كما لو صدَّقَ المضمونُ لهُ الضامنَ علىٰ الدفعِ ، وأَنكرَ المضمونُ عنهُ الدفعَ . . فإِنَّهُ لا مطالبةَ للمضمونِ لهُ علىٰ أَحدِهما ؛ لأَنَّهُ قدْ أَقرَّ بٱستيفاءِ حقِّهِ ، وهلْ للضامنِ أَنْ يَرجِعَ علىٰ المضمونِ عنهُ ؟ فيهِ وجهانِ لأَبي العبَّاسِ :

أَحدُهما : القولُ قولُ المضمونِ عنهُ معَ يمينهِ ، ولا يَرجِعُ الضامنُ عليهِ بشيءٍ ؛ لأَنَّ الضامنَ يدَّعي القضاءَ ليَرجِعَ ، فَلَمْ يُقبَلْ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُهُ ، والمضمونُ لهُ يَشهدُ علىٰ فعلِ نفسهِ ، فَلَمْ يُقبَلْ .

والثاني : يَرجِعُ الضامنُ علىٰ المضمونِ عنهُ ؛ لأَنَّ قَبضَ المضمونِ لهُ يَثبتُ مرَّةً بالبيِّنةِ ، ومرَّةً بالإِقرارِ ، ولو ثَبتَ القبضُ بالبيِّنةِ . . لرَجَعَ عليهِ ، فكذٰلكَ إِذا ثَبتَ بالإِقرارِ .

مسأَلةٌ : [الضمان في مرض الموت] :

إِذا ضَمِنَ الرجلُ في مَرضِ موتهِ عَنْ غيرِهِ ديناً . . فإِنَّ ذٰلكَ معتَبرٌ مِنْ ثُلُثِ مالهِ ؛ لأَنَّهُ تبرُّعٌ ، فهوَ كما لو وَهبَ لغيرِهِ مالاً .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فإِذا ضَمِنَ رجلٌ في مرضِ موتهِ عَنْ غيرِهِ تسعينَ دِرهماً بإِذنهِ ، وماتَ الضامنُ ، وخلَّفَ تسعينَ دِرهماً لا غيرَ ، وماتَ المضمونُ عنهُ ، ولا يَملِكُ غيرَ خمسةٍ وأَربعينَ دِرهماً ، فإِنْ طالبَ المضمونُ لهُ بحقِّهِ مِنْ تَركةِ الضامنِ . . وَقعَ في هٰذهِ المسأَلةِ دَورٌ[1] ، والعملُ فيهِ أَنْ نقولَ : يَذهبُ بالضمانِ مِنَ التسعينَ شيءٌ ، ولٰكنَّهُ يَرجِعُ إِليهمْ نِصفُ شيءٍ ؛ لأَنَّ ما خلَّفَهُ المضمونُ عنهُ مِثلُ نِصفِ تَركةِ الضامنِ ، فيُعلَمُ أَنَّهُ ما ذَهبَ عنهم بالضمانِ إِلاَّ نصفُ شيءٍ ، ويجبُ أَنْ تكونَ هٰذهِ التسعونَ إِلاَّ نِصفَ شيءٍ الباقيةُ معهمْ تَعدِلُ شيئاً كاملاً ، مِثلَي ما ذَهبَ عنهمْ بالضمانِ ، فأَجْبِرِ التسعينَ بنصفِ الشيءِ الناقصِ عنها ، ثُمَّ رُدَّهُ علىٰ الشيءِ الكاملِ ، فيكونَ تسعونَ تَعدِلُ شيئاً ونصفَ شيءٍ ، الشيءُ : ثُلُثاها ، وهوَ ستّونَ ، فيأخذُ المضمونُ لهُ ستّينَ مِنْ تَركةِ الضامنِ ، ويَستحِقُّ ورثةُ الضامنِ الرجوعَ في تَركةِ المضمونِ عنهُ بها ؛ لأَنَّ الضمانَ بإِذنهِ ، ويَبقىٰ للمضمونِ لهُ مِنْ دَينهِ ثلاثونَ ، فيَرجِعُ بِها في تَركةِ المضمونِ عنهُ ، وتَرِكتُهُ أَقلُّ مِنْ ذٰلكَ ، فيَقتسِمُ المضمونُ لهُ وورثةُ الضامنِ الخمسةَ والأَربعينَ علىٰ قدرِ حقَّيهِما ، فيكونُ لورثةِ الضامنِ ثُلُثاها ، وهوَ ثلاثونَ ، وللمضمونِ لهُ ثُلُثُها ، وهوَ خمسةَ عشرَ ، فيجتمعُ لورثةِ الضامنِ ستُّونَ ، وخَرجَ منهمْ بالضمانِ ثلاثونَ ، وقد بَقيَ معهمْ مِثْلا ما خرجَ منهمْ .

فإِذا تقرَّرَ هٰذا : وعَرفَ ما يستحقُّهُ المضمونُ لهُ مِنْ تَركةِ الضامنِ بالعملِ . . فهوَ بالخِيارِ : إِنْ شاءَ . . فعلَ ما ذَكرناهُ ، وإِنْ شاءَ . . رَجعَ علىٰ ورثةِ المضمونِ عنهُ بجميعِ تَركتهِ ، وهوَ خمسةٌ وأَربعونَ ، ورَجعَ مِنْ تَركةِ الضامنِ بثُلُثِها ، وهوَ ثلاثونَ ، وإِنْ

---

(١) الدور ـ عند المناطقة ـ : توقّف كلٍّ من الشيئين على الآخر ، ويقال : دارت المسألة ، أي : كلما تعلقت بمحلٍّ توقف ثبوت الحكم على غيره ، فينقل إليه ، ثم يتوقف على الأول ، وهٰكذا .

شاءَ . . أَخذَ مِنْ ورثةِ الضامنِ خمسةً وسبعينَ ، ورجعَ وَرثةُ الضامنِ بجميعِ تَرِكةِ المضمونِ عنهُ .

فإنْ كانتْ بحالِها ، إلاَّ أَنَّ المضمونَ عنهُ خَلَّفَ ثلاثينَ درهماً لا غيرَ . . فالعملُ فيهِ : أَنْ يَخرُجَ مِنَ التسعينَ شيءٌ بالضمانِ ، ويَرجِعَ إليهِمْ ثُلُثُ شيءٍ ؛ لأَنَّ تَرِكةَ المضمونِ عنهُ ثُلُثُ تَرِكةِ الضامنِ ، فيبقىٰ معَ ورثةِ الضامنِ تسعونَ إلاَّ ثلثي شيءٍ ، تَعدِلُ شيئاً وثُلُثَ شيءٍ ، فإذا جَبَرْتَ التسعينَ . . عَدَلَتْ شيئينِ ، الشيءُ : نِصفُها ، وهوَ خمسةٌ وأَربعونَ ، فيأخذُها مِنْ تَرِكةِ الضامنِ ، ويَرجِعُ المضمونُ لهُ ، وورثةُ الضامنِ في تَرِكةِ المضمونِ عنهُ بنصفينِ ؛ لاستواءِ حقَّيْهما ، فيَرجِعُ إلىٰ ورثةِ الضامنِ خَمسَةَ عشَرَ ، فيَجتمعُ لهمْ ستُّونَ ، وخرجَ منهمْ ثلاثونَ ، ويَجتمعُ للمضمونِ لهُ ستُّونَ ، ويَسقُطُ مِنْ دَينهِ ثلاثونَ ، فإنْ شاءَ . . فعلَ ما ذَكرناهُ ، وإنْ شاءَ . . أَخذَ الستِّينَ كلَّها مِنْ تَرِكةِ الضامنِ ، ورَجعَ ورثةُ الضامنِ بجميعِ تَرِكةِ المضمونِ عنهُ ، وإنْ شاءَ المضمونُ لهُ . . أَخَذَ جميعَ تَرِكةِ المضمونِ عنهُ وهوَ ثلاثونَ ، وأَخَذَ مِنْ تَرِكةِ الضامنِ ثُلُثَها ، وهوَ ثلاثونَ ، ويبقىٰ لهم ستُّونَ مِثْلا ما خرجَ منهمْ .

فإنْ خَلَّفَ المضمونُ عنهُ ستِّينَ . . فإنَّ المضمونَ لهُ لا يَنقُصُ مِنْ دَينهِ شيءٌ هاهُنا ، والعملُ فيهِ علىٰ قياسِ ما مضىٰ .

مسأَلةٌ : [ادعىٰ بيع عبد لحاضر وغائب وكلاهما ضامن] :

إذا ادَّعىٰ رجلٌ علىٰ رجلٍ حاضرٍ أَنَّهُ ابتاعَ منهُ هوَ ورجلٌ غائبٌ عبداً بأَلفِ درهَمٍ ، علىٰ كلِّ واحدٍ منهما خمسُ مئةِ درهَمٍ ، وقَبَضاهُ ، وكلُّ واحدٍ منهما ضامنٌ ما علىٰ صاحبهِ ، فإنْ أَقرَّ الحاضرُ بذلكَ . . لَزِمَهُ أَنْ يَدفَعَ إلىٰ المدَّعي أَلفاً ، فإذا قَدِمَ الغائبُ ، فإنْ صدَّقَ الحاضرَ . . رَجَعَ عليهِ الحاضرُ بما قضىٰ عنهُ ، وهوَ خمسُ مئةٍ ، وإنْ كذَّبهُ . . فالقولُ قولُهُ معَ يمينهِ ، فإذا حَلفَ . . سَقطَ حقُّ الحاضرِ . وإنْ أَنكرَ الحاضرُ المدَّعيَ ، فإنْ لَمْ يكنْ للمدَّعي بيِّنةٌ . . فالقولُ قولُ الحاضرِ معَ يمينهِ ، فإذا حَلفَ . . سَقطَتْ عنهُ المطالبةُ .

فإذا قَدِمَ الغائبُ ، فادَّعىٰ عليهِ البائعُ ، فإنْ أَنكرَهُ . . حَلَفَ لهُ أَيضاً ، ولا كلامَ ،

وإنْ أقرَّ لهُ بما ٱدَّعاهُ عليهِ. . لَزِمَ القادمَ الخمسُ مئةٍ التي أقرَّ أنَّهُ ٱشترىٰ هو بها ، وهلْ تلزمُهُ الخمسُ مئةٍ التي أقرَّ أنَّ شريكهُ ٱشترىٰ بها ، وضَمِنَ هوَ عليهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

[أحدُهما] : قالَ القاضي أبو الطيِّبِ : لا تَلزَمُهُ ؛ لأنَّا قد حكَمْنا بسقوطِها عَنِ الحاضرِ بيمينهِ .

و**[الثاني]** : قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : تَلزَمُ القادمَ ؛ لأنَّ اليمينَ لَمْ تُبرِئْهُ مِنَ الثَّمنِ ، وإنَّما تُسقِطُ عنهُ المطالبةَ في الظاهرِ ، فإذا أقرَّ أنَّهُ[1] الضامنُ . لَزِمَهُ ، ولهٰذا لو أقامَ بيِّنةً عليهِ بعدَ يمينهِ . . لَزِمَهُ الثَّمنُ ، ولَزِمَ الضامنَ ، فثبتَ أنَّ الحقَّ لَمْ يَسقُطْ عَنِ الحاضرِ وعنِ الغائبِ .

وإنْ أقامَ المدَّعي بيِّنةً علىٰ الحاضرِ بأنَّهما ٱشتريا منهُ العبدَ بألفٍ ، وقَبَضاهُ ، وضَمِنَ كلُّ واحدٍ منهما عَنْ صاحبهِ الخمسَ مئةٍ . . فللمدَّعي أنْ يطالبَ الحاضرَ بجميعِ الألفِ ؛ لأنَّ البيِّنةَ قدْ شَهِدتْ عليهِ بذٰلكَ ، وهلْ للحاضرِ أنْ يَرجِعَ بنصفِها علىٰ الغائبِ إذا قَدِمَ ؟

نقلَ المُزنيُّ : (أنَّهُ يَرجِعُ بالنِّصفِ علىٰ الغائبِ) .

وٱختلفَ أصحابُنا في ذٰلكَ :

فمنهمْ مَنْ قالَ : لا يَرجِعُ عليهِ بشيءٍ . ولَمْ يَذكرِ ٱبنُ الصبَّاغِ غيرَهُ ؛ لأنَّهُ منكرٌ لِمَا شَهِدتْ عليهِ البيِّنةُ ، مُقِرٌّ أنَّ المدَّعيَ ظالمٌ لهُ ، فلا يَرجِعُ علىٰ غيرِ مَنْ ظَلَمَهُ . ومَنْ قالَ بهٰذا . . تأوَّلَ ما نقلَهُ المُزنيُّ تأويلاتٍ :

أَحدُها : يَحتمِلُ أنْ يكونَ الحاضرُ صَدَّقَ المدَّعيَ فيما ٱدَّعاهُ ، غيرَ أنَّ المدَّعيَ قالَ : وأنا أُقيمُ البيِّنةَ أيضاً ، فأقامَها ، فيَرجِعُ هاهُنا ؛ لأنَّهُ ليسَ فيهِ تكذيبُ البيِّنةِ .

الثاني : أنْ يكونَ الحاضرُ لَمْ يُقِرَّ ، ولَمْ يُنكِرْ ، بَلْ سكتَ ، فأقامَ عليهِ المدَّعي البيِّنةَ ، فليسَ فيهِ تكذيبٌ .

الثالثُ : أنْ يكونَ الحاضرُ أنكرَ شراءَ نفسهِ ، ولَمْ يتعرَّضْ لشراءِ شريكهِ ، فقامتْ عليهِ البيِّنةُ .

---

(١) في (م) : (به) .

الرَّابعُ : أَنْ يكونَ الحاضرُ أَنكرَ شراءَهُ ، وشراءَ شريكهِ ، وضمانَهما ، إلاَّ أَنَّ الحاضرَ لمَّا قامتْ عليهِ البيِّنةُ ، وأَخذَ منهُ المدَّعي الألفَ ظلماً . . ثَبَتَ لهُ علىٰ الغائبِ خمسُ مئةٍ بالبيِّنةِ ، وقد أَخذَ المدَّعي مِنَ الحاضرِ خمسَ مئةٍ ظلماً ، فيكونَ[1] للحاضرِ أَنْ يأخذَ ما ثبتَ للمدَّعي علىٰ الغائبِ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ وَافقَ المُزنيَّ ، وقالَ : يَرجعُ الحاضرُ علىٰ الغائبِ بخمسِ مئةٍ وإِنْ أَنكرَ الشراءَ والضمانَ ؛ لأَنَّهُ يقولُ : كانَ عندي إِشكالٌ في ذٰلكَ ، وقد كشَفتْ هٰذهِ البيِّنةُ هٰذا الإِشكالَ وأَزالتْهُ ، فهوَ كمَنْ ٱشترىٰ شيئاً ، وٱدَّعىٰ[2] عليهِ آخرُ بأَنَّهُ لهُ ، وأَنكرَ المشتري ذٰلكَ ، وأَقامَ المدَّعي بيِّنةً ، وٱنتزعَهُ مِنْ يدِهِ . . فإِنَّ لهُ أَنْ يَرجعَ علىٰ البائعِ بالثَّمنِ ، ولا يُقالُ : إِنَّ بإِقرارِهِ أَنَّ المدَّعيَ ظالمٌ يُسقِطُ حقَّهُ مِنَ الرجوعِ .

وقالَ الشيخُ أَبو حامدٍ في « التعليق » : يُنظَرُ في الحاضرِ :

فإِنْ تَقدَّمَ منهُ تكذيبُ البيِّنةِ ، مِثلُ : أَنْ قالَ لِمنِ ٱدَّعىٰ عليهِ : لَمْ نَبتَعْ منكَ شيئاً ، ولا تَستحِقُّ علينا شيئاً ، ثُمَّ قامتِ البيِّنةُ بذٰلكَ . . فإِنَّهُ لا يَرجعُ علىٰ صاحبهِ بشيءٍ ؛ لأَنَّهُ قد كذَّبَ البيِّنةَ بما شَهِدَتْ ، وأَنَّ هٰذا المدَّعيَ ظالمٌ .

قيلَ لهُ : فإِنْ قَدِمَ الغائبُ ، وٱعترفَ بصدقِ المدَّعي . . فقالَ : لا يَرجعُ عليهِ بشيءٍ ؛ لأَنَّهُ يُقِرُّ لهُ بما لا يدَّعيهِ .

وإِنْ لَمْ يتقدَّمْ منهُ تكذيبُ البيِّنةِ ، مِثلُ : أَنْ قالَ : ما لكَ عندي شيءٌ . . فإِنَّهُ يَرجعُ علىٰ صاحبهِ بخمسِ مئةٍ ؛ لأَنَّهُ ضَمِنَ عنهُ بإِذنهِ[3] ، ودفعَ عنهُ .

قلتُ : ولعلَّ صاحبَ الوجهِ الأَوَّلِ لا يخالفُ تفصيلَ الشيخِ أَبي حامدٍ في جوابِ الحاضرِ ، وأَنَّ الحُكمَ يَختلفُ بٱختلافِ جوابهِ ، كما ذكَرَهُ .

---

(١) في نسختين : (فكان) .
(٢) في (م) : (فادعاه) .
(٣) في (م) : (بأمره) .

مسألةٌ : [ضمان العُهدة] :

ويَصِحُّ ضمانُ العُهدةِ **علىٰ المنصوصِ** ، وهوَ أَنْ يشتريَ رجلٌ عيناً بثَمنٍ في ذمَّتِهِ ، فيَضمَنَ رجلٌ عَنِ البائعِ الثَّمَنَ إِنْ خَرجَ المبيعُ مُستحَقّاً .

وخَرَّجَ أَبو العبّاسِ ابنُ سريجٍ قولاً آخرَ : أَنَّهُ لا يَصِحُّ ، وبهِ قالَ ٱبنُ القاصِّ ؛ لأَنَّهُ ضمانُ ما لَمْ يَجِبْ ، ولأَنَّهُ ضمانٌ مجهولٌ ؛ لأَنَّهُ لا يَعلمُ هلْ يُستَحَقُّ المبيعُ ، أَو بعضُهُ ؟ **والصحيحُ** أَنَّهُ يَصِحُّ ؛ لأَنَّ الحاجةَ تدعو إِلىٰ الوثيقةِ علىٰ البائعِ ، والوثائقُ ثلاثٌ : **الرهنُ** ، **والشهادةُ** ، **والضمانُ** :

فالرهنُ لا يمكنُ ؛ لأَنَّ البائعَ لا يُعطيهِ معَ المبيعِ رَهناً ، والشهادةُ لا تفيدُ ؛ لأَنَّ البائعَ قد يُفلِسُ ، فلا تفيدُ الشهادةُ ، فَلَمْ يَبقَ ما يَستوثِقُ المشتري بهِ غيرُ الضمانِ .

وأَمَّا قولُهُ : (إِنَّهُ ضمانُ ما لَمْ يَجِبْ ، وضمانٌ مجهولٌ) فغيرُ صحيحٍ ؛ لأَنَّهُ إِنْ لم يكنِ المَبيعُ مُستحَقّاً . . فلا ضمانَ أَصلاً ، وإِنْ كانَ مُستحَقّاً . . فقد ضَمِنَ الحقَّ بعدَ وجوبِهِ ، وإِنَّما صحَّ الضمانُ هاهنا معَ جهالةِ ما يَستحِقُّهُ المشتري ؛ لأَنَّ الحاجةَ تدعو إِلىٰ ذٰلكَ .

وقالَ أَبو يوسفَ : إِذا ضَمِنَ لهُ العُهدةَ . . كانَ ضامِناً لكتابِ الابتياعِ . وهٰذا ليسَ بصحيحٍ ؛ لأَنَّ العُرفَ قد صارَ في ضمانِ العُهدةِ عبارةً عَنِ الدَّرَكِ[1] وضَمانِ الثَّمَنِ ، فٱنصرفَ الإِطلاقُ إِليهِ .

فإِذا قلنا : يَصِحُّ ضمانُ العُهدةِ . . صحَّ بعدَ قبضِ الثَّمَنِ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّهُ ضمانُ الحقِّ بعدَ وجوبِهِ ، وهل يَصِحُّ ضمانُهُ قبلَ أَنْ يَقبِضَ البائعُ الثَّمَنَ ؟ فيهِ وجهانِ :

---

(١) الدَّرَك ـ بفتحتين ، أو سكون الراء ـ لغة : اسم من أدركت الشيء والتبعة ، يقال : ما لحقك من دَرَك فعليَّ خلاصهُ . قال ابن فارس في « معجم مقاييس اللغة » (ص/ ٣٥٢) الدرك : هو لحوق الشيء بالشيء ووصوله إليه ، وتدارك القوم : لحق آخرُهم أولَهم ، ومنه قوله تعالىٰ : ﴿ بَلِ ٱدَّٰرَكَ عِلْمُهُمْ فِى ٱلْءَاخِرَةِ ﴾ [النمل : ٦٦] ؛ لأنَّ علمهم أدركهم في الآخرة حين لم ينفعهم . قال النواوي في « تهذيب الأسماء واللغات » (٢/ ١٠٤) : قال أبو سعد المتولي في « التتمة » : سمّي ضمانَ الدرك : لالتزامه الغرامة عند إدراك المستحق عين ماله .

أَحدُهما : يَصِحُّ ؛ لأَنَّ الحاجةَ تدعو إِلىٰ هٰذا الضمانِ قَبلَ قَبضِ الثمنِ ، كما تدعو إِليهِ بعدَ قبضهِ .

والثاني ـ ولَمْ يذكرِ ٱبنُ الصبَّاغِ غيرَهُ ـ : أَنَّهُ لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ ضمانُ الحقِّ قَبلَ وجوبهِ ، فلَمْ يَصِحَّ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وأَلفاظُهُ أَنْ يقولَ : ضَمِنتُ عُهدتَهُ ، أَو ثَمَنَهُ ، أَو دَرَكَهُ ، أَو يقولَ للمشتري : ضَمِنتُ خَلاصَكَ منهُ ، أَو يقولَ : متىٰ خَرجَ المبيعُ مُستحَقّاً . فقد ضَمِنتُ لكَ الثَّمَنَ ، فإِنْ قالَ : ضَمِنتُ لكَ خَلاصَ المبيعِ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّهُ لا يَقدِرُ علىٰ ذٰلكَ متىٰ خَرجَ مُستَحَقّاً .

قالَ ٱبنُ سُريجٍ : لا يَضمَنُ دَرَكَ المبيعِ إِلاَّ أَحمقُ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّ المزنيَّ نَقلَ في (الإِقرارِ) : (ولَو ضَمِنَ لهُ عُهدةَ دارٍ ٱشتراها ، أَو خَلاصَها ، فٱستُحِقَّتْ . رَجعَ بالثمنِ علىٰ الضامنِ إِنْ شاءَ ، والخلاصُ : المالُ يُسلَّمُ إِليهِ) . فتأَوَّلَ أَصحابُنا ذٰلكَ تأْويلينِ :

أَحدُهما : أَنَّهُ أَرادَ : خلاصَكَ منها ؛ لأَنَّ خَلاصَهُ إِذا كانَ مُتعلِّقاً بها . . جازَ إِضافتُهُ إِليها ، كما يضافُ المصدرُ إِلىٰ الفاعلِ ، والمفعولِ بهِ .

والثاني : أَنَّهُ أَرادَ : وخلاصَها ، وقدْ جاءَتْ (أَو) بمعنىٰ : الواو . قالَ اللهُ تعالىٰ : ﴿ وَأَرْسَلْنَٰهُ إِلَىٰ مِاْئَةِ أَلْفٍ أَوْ يَزِيدُونَ ﴾ [الصافات : ١٤٧] . وقال : ﴿ وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ ءَاثِمًا أَوْ كَفُورًا ﴾ [الإنسان : ٢٤] .

فأَمَّا ما يُكتبُ في الوَثائقِ : ضَمِنَ فلانُ ٱبنُ فلانٍ البائعُ لفلانِ بنِ فلانٍ المشتري قيمةَ ما أَحدثَ في المبيعِ مِنْ بناءٍ أَو غِراسٍ ، وغيرِ ذٰلكَ إِذا خرجَ مُستحَقّاً . . قالَ أَصحابُنا : فإِنَّ هٰذا ضمانٌ باطلٌ بلا خلافٍ علىٰ **المذهبِ** ؛ لأَنَّهُ ضمانُ ما لَمْ يَجِبْ ، وضمانٌ مجهولٌ .

فإِنْ قَيَّدَ ذٰلكَ ، بأَنْ قالَ : مِنْ درهَمٍ إِلىٰ أَلفٍ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّهُ ضمانُ ما لَمْ يَجِبْ .

وقالَ أَبو حنيفةَ رحمَهُ اللهُ : (يَصِحُّ ضمانُ هٰذا معَ العُهدةِ) . بناءً علىٰ أَصلهِ في ضمانِ ما لَمْ يَجِبْ ، وقد مضىٰ ذِكرُهُ .

فإنْ ضَمِنَ خَلاصَ المَبيعِ ، أَو ضَمِنَ قيمةَ ما يَحدُثُ في المبيعِ مِنْ بناءٍ أَو غِراسٍ ، فإنْ كانَ في غيرِ عقدِ البيعِ . . نظرتَ :

فإن أَفردَ ذٰلكَ عَنْ ضمانِ العُهدةِ . . لَمْ يَبطُلِ البيعُ ، ولا ضَمانُ العُهدةِ ، بَلْ يَبطُلُ ضمانُ خَلاصِ المبيعِ ، وضَمانُ ما يَحدُثُ فيهِ مِنْ بناءٍ أَو غِراسٍ .

وإنْ قَرَنَهُ معَ ضمانِ العُهدةِ . . بَطَلَ ضَمانُ خَلاصِ المبيعِ ، وما يَحدُثُ فيهِ ، وهلْ يَبطُلُ ضَمانُ العُهدةِ ؟ فيهِ قولانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في تفريقِ الصفقةِ .

وإنْ شَرطَ ذٰلكَ في البيعِ ، بأَنْ قالَ : بعني هٰذهِ الأَرضَ بمئةِ دينارٍ ، بشرطِ أَنْ يَضمنَ لي فلانٌ خَلاصَها ، وقيمةَ ما أَحدثْتُهُ فيها مِنْ بناءٍ أَو غِراسٍ إن ٱستُحِقَّتْ ، فقالَ : بعتُكَ ، أَو كانَ هٰذا الشرطُ في زمانِ الخِيارِ . . فَسَدَ البيعُ ؛ لأَنَّهُ بيعٌ بشرطٍ فاسدٍ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : ويَجيءُ فيهِ قولٌ آخرُ : أَنَّهُ لا يَبطُلُ البيعُ إذا شَرطَ ضمانَ قيمةِ ما يَحدثُ في الأَرضِ ، كما قلنا فيمنْ شَرطَ رهناً فاسداً في البيعِ . **والأَوّلُ أَصحُّ** .

فرعٌ : [استحقاق البيع يوجب ضمان العهدة] :

إذا ضَمِنَ رجلٌ لرجلٍ العهدةَ ، فٱستُحِقَّ جميعُ المبيعِ علىٰ المضمونِ لهُ ، وقد دَفعَ الثَّمنَ إلىٰ البائعِ . . فالمشتري بالخِيارِ : إنْ شاءَ . . طالبَ البائعَ بالثَّمنِ ، وإنْ شاءَ . . طالبَ بهِ الضامنَ .

وإنْ خرجَ بعضُهُ مُستحَقّاً . . بَطَلَ البيعُ فيما خَرجَ منهُ مُستحَقّاً ، وكانَ للمشتري أَنْ يُطالِبَ الضامنَ بثمنِ القَدْرِ الذي خَرجَ منهُ مُستحَقّاً ، وهلْ يَبطُلُ البيعُ في الباقي ؟ فيهِ وجهانِ[1] .

فإذا قلنا : يَبطُلُ البيعُ فيهِ ، أَو قلنا : لا يَبطُلُ ، إلاَّ أَنَّ المشتريَ ٱختارَ فَسخَ البيعِ فيهِ . . فهلْ للمشتري أَنْ يَرجِعَ بثَمَنِ ذٰلكَ القَدرِ علىٰ الضامنِ ؟ فيهِ وجهانِ :

---

(١) في (م) : (قولان) .

أَحدُهما : يَرجعُ بهِ عليهِ ؛ لأَنَّهُ ثَبتَ لهُ بسببِ الاستحقاقِ .

والثاني : لا يَرجعُ بهِ عليهِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَضمَنْ إلاَّ ثَمَنَ ما ٱسْتُحِقَّ ، وهٰذا ثَمَنُ ما لَمْ يُسْتَحَقَّ ، وإِنَّما بَطَلَ البيعُ فيهِ ؛ لئلا تُفرَّقَ الصَّفْقةُ ، أَو لِفسخِ المشتري .

وإِنْ وجَدَ المشتري بالمبيعِ عيباً ، فردَّهُ . . فهلْ لهُ أَنْ يُطالِبَ الضامنَ بالثَّمنِ ؟

قالَ أَصحابُنا : إِنْ قالَ الضامنُ : ضَمِنتُ لكَ دَرَكَ ما يلحقُكَ في المبيعِ أو ضمنتُ لكَ دَرَكَ المبيعِ ، وكلَّ عيبٍ تجدهُ فيهِ . . فلهُ أَنْ يَرجِعَ بالثَّمنِ علىٰ الضامنِ ، وجهاً واحداً ، وكذٰلكَ : إِنْ حَدثَ عندَ المشتري عيبٌ ، وقد وجدَ بهِ عيباً . . فلهُ أَنْ يَرجِعَ بالأَرشِ علىٰ الضامنِ ؛ لأَنَّ ضمانَهُ يقتضي ذٰلكَ .

وإِنْ ضَمِنَ دَرَكَ المبيعِ ، أَو عُهدتَهُ لا غيرَ . . فهلْ لهُ أَنْ يَرجِعَ بالثَّمنِ علىٰ الضامنِ إِذا وَجدَ بهِ عيباً ، أَو بالأَرشِ إِنْ حَدثَ عندهُ عيبٌ آخَرُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَرجعُ عليهِ بالثَّمَنِ ؛ لأَنَّ الثَّمَنَ رَجَعَ إِليهِ لمعنىً قارنَ عقدَ البيعِ بتفريطٍ مِنَ البائعِ ، فَرجعَ بهِ علىٰ الضامنِ ، كما لَوِ ٱسْتُحِقَّ المبيعُ .

والثاني : لا يَرجعُ بهِ عليهِ ، بَلْ يَرجعُ بهِ علىٰ البائعِ ، وهوَ قولُ المزنيِّ ، وأَبي العبّاسِ ؛ لأَنَّهُ زالَ ملكُهُ عَنِ المَبيعِ بغيرِ الاستحقاقِ ، فلَمْ يَرجعْ بالثَّمنِ علىٰ الضامنِ ، كما لو كانَ المبيعُ شِقصاً ، فأَخذَهُ الشفيعُ .

فرعٌ : [ضمان العهدة في المبيع الباطل] :

وإِنْ ضَمِنَ العُهدةَ ، فبانَ أَنَّ البيعَ كانَ باطلاً بغيرِ الاستحقاقِ . . فهلْ للمشتري أَنْ يَرجِعَ بالثَّمنِ علىٰ الضامنِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما في « الإبانة » [ق/ ٢٨٣] :

أَحدُهما : يَرجعُ بهِ عليهِ ؛ لأَنَّهُ رَجَعَ إِليهِ الثَّمَنُ لمعنىً قارنَ عقدَ البيعِ ، فصارَ كما لوِ ٱستُحِقَّ .

والثاني : لا يَرجعُ عليهِ بهِ ؛ لأَنَّهُ يمكنُهُ أَنْ يُمسِكَ العينَ المبيعةَ إِلىٰ أَنْ يَسترجِعَ ما دَفعَ مِنَ الثَّمَنِ ، فلَمْ يَرجع بهِ علىٰ الضامنِ ، بخلافِ ما لوِ ٱستُحِقَّ المبيعُ .

وإِنْ تَلِفَ المبيعُ في يدِ البائعِ قَبلَ القبضِ ، أَو فُسِخَ البيعُ ، أَو كانَ شِقصاً ، فأَخذَهُ

الشفيعُ بالشُّفعةِ . . فإنَّ المشتريَ لا يَرجعُ بالثَّمنِ علىٰ الضامنِ ؛ لأنَّ الثَّمنَ رَجعَ إليهِ لمعنىً حادثٍ بعدَ العقدِ ، ولَمْ يَضمَنِ الضامنُ إلاَّ الثَّمنَ عندَ ٱستحقاقِ المبيعِ .

فرعٌ : [ضمان نقصان الثمن] :

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٢٨٣ و ٢٨٤] : لوِ ٱشترىٰ رجلٌ شيئاً بثَمنٍ ، وسُلِّمَهُ ، وضَمِنَ رجلٌ للبائعِ نُقصانَ الوزنِ ، أَو رَداءَةَ الثَّمنِ ، فَخَرجَ الثَّمنُ ناقصاً ، أَو رديئاً ، أَو مَعِيباً . . فلَهُ أَنْ يُطالِبَ الضامنَ بما نَقَصَ مِنَ الثَّمنِ ، ولَهُ أَنْ يَرُدَّ الرديءَ والمعيبَ علىٰ المشتري ، ويطالِبَ الضامنَ بالثَّمنِ ، هٰكذا ذَكرَ .

قلتُ : **والذي يقتضي المذهبُ** : أَنَّهُ لا يُطالبُهُ ببدَلِ الثَّمنِ إلاَّ إذا كانَ الثَّمنُ في الذمَّةِ ، ثُمَّ عيَّنهُ ، فضَمِنَ ضامِنٌ لهُ رداءَةَ المعيَّنِ ، فأَمَّا إذا كانَ الثَّمنُ معيَّناً ، فوجدهُ رديئاً أَو معيباً ، فردَّهُ . . لَمْ يُطالِبْ ببدَلهِ ، بَلْ يُطالِبُ بالمبيعِ .

مسأَلةٌ : [كفالة الأبدان] :

وهلْ تصِحُّ الكفالةُ بالبدنِ[1] ؟

المنصوصُ للشافعيِّ رحمَهُ اللهُ في أَكثرِ كُتبهِ : (أَنَّها صحيحةٌ) . وقالَ في (الدَّعوىٰ والبيِّناتِ) : (كفالةُ الوجهِ عندي ضعيفةٌ) . وٱختلفَ أَصحابُنا فيه :

فمنهمْ مَنْ قالَ : تَصِحُّ الكفالةُ بالبدنِ ، قولاً واحداً ، وقولُهُ في (الدَّعوىٰ

---

(١) يستأنس لشرعيتها : قوله تبارك وعزَّ شأنه حكاية عن يعقوب عليه وعلىٰ أبنائه السلام : ﴿ لَنْ أُرْسِلَهُۥ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ ٱللَّهِ لَتَأْتُنَّنِى بِهِۦٓ إِلَّآ أَن يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّآ ءَاتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ ٱللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ ﴾ [يوسف : ٦٦] .

الكفالة ـ قال المطرزي في « المغرب » ـ : ضمّ ذمة إلىٰ ذمّة في حق المطالبة ، ويقال أيضاً للمرأة : كفيل ، وتكفيل القاضي أخذه الكفيل من الخصم ، ومنه حديث الأسلمي : (أنه كفّل رجلاً في تهمة) . وفي « القاموس المحيط » : كفل : كضرب ، ونصر ، وكرم ، وعلم . كفلاً وكفولة وكفالة . وفي « مقاييس اللغة » (ص/٩٢٩) : الكفيل : الضامن ، والكافل : الذي يكفل إنساناً يعوله وينفق عليه ، ومنه قوله تعالىٰ : ﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾ [آل عمران : ٣٧] .

والبيِّناتِ) : (ضعيفةٌ) يريدُ في القياسِ ، وهوَ قويٌّ في الأثرِ .

وذهبَ المزنيُّ ، وأبو إسحاقَ إلىٰ : أنَّ المسألةَ علىٰ قولينِ :

أحدُهما : لا تَصِحُّ ؛ لأنَّها كفالةٌ بعينٍ ، فلَمْ تَصِحَّ ، كالكفالةِ بالزوجةِ ، وبدَنِ الشاهدِ ، ولأنَّهُ ضمانُ عينٍ في الذمَّةِ بعقدٍ ، فلَمْ تَصِحَّ ، كما لو أسلَمَ في ثَمَرةِ نخلةٍ بعينِها .

فقولُنا : (ضمانُ عينٍ) ٱحترازٌ مِنْ ضمانِ الدَّينِ ، فإنَّهُ يَصِحُّ .

وقولنا : (في الذمَّةِ) ٱحترازٌ مِنَ البائعِ ، فإنَّهُ يضمنُ العينَ المبيعةَ في يدِهِ ، لا في ذمَّتهِ ، ولو تَلِفتْ قبلَ القبضِ . . لَمْ يَضمَنْها في ذمَّتهِ .

وقولنا : (بعقدٍ) ٱحترازٌ مِنَ الغاصبِ ، فإنَّهُ يَضمَنُ العينَ المغصوبةَ في يدِهِ ، وفي ذمَّتهِ .

والقولُ الثاني : أنَّ الكفالةَ بالبدنِ صحيحةٌ ، وهوَ قولُ شُريحٍ ، والشعبيِّ ، ومالكٍ ، وأبي حنيفةَ ، واللَّيثِ بنِ سعدٍ ، وعبيدِ اللهِ بنِ الحسنِ ، وأحمدَ رحمةُ اللهِ عليهِمْ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لقولِهِ تعالىٰ : ﴿ فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُۥٓ إِنَّا نَرَىٰكَ مِنَ ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ [يوسف : ٧٨] .

ولِما رُويَ : أنَّ رجلاً جاءَ إلىٰ عبدِ اللهِ بنِ مسعودٍ رضيَ اللهُ عنهُ ، فقالَ : إنِّي مررتُ ببابِ عبدِ اللهِ بنِ النوَّاحةِ ، فسمعتُهُ يقولُ : أشهدُ أنْ لا إلٰهَ إلاَّ اللهُ ، وأشهدُ أنَّ مسيلمةَ رسولُ اللهِ ، فكذَّبتُ سَمعي ، وكفَفْتُ فرسي حتَّىٰ سَمِعتُ أصحابَهُ في المسجدِ يَضِجُّونَ بذٰلكَ ، فأرسلَ إليهِ عبدُ اللهِ بنُ مسعودٍ رضيَ اللهُ عنهُ ، فحضَرَ ، وٱعترفَ بذٰلكَ ، فقالَ لهُ عبد اللهِ رضي الله عنه : أليسَ كنت تقرأُ القرآنَ ؟ فقال : كنتُ أتَّقيكمْ بهِ . فأمرَ بهِ ، فقُتِلَ ، ثُمَّ شاورَ أصحابَ محمَّدٍ ﷺ في بقيَّةِ أصحابهِ ، فأشارَ بعضُهمْ بقتلِهِم ، وأشارَ بعضُهمْ بأنْ يُستتابوا ، ويَتكفَّلَ بعضُهم عشائِرَهُم ، فٱستتابَهمْ ، فتابوا ، وكفَّلَهمْ عشائِرَهمْ[١] . فدلَّ علىٰ : أنَّ الكفالةَ بالبدنِ كانتْ شائعةً عندَ الصحابةِ

---

(١) أخرج أثر ابن مسعود بنحوه ومطولاً عبد الرزاق في « المصنف » (١٨٧٠٨) في اللقطة ، باب : في الكفر بعد الإيمان ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٨/ ٢٠٦) ، وأورده د. قلعجي في=

رضيَ اللهُ عنهُم ، إذ لَمْ يُنْكِر عليهِ أَحدٌ مِنَ الصحابةِ رضيَ اللهُ عنهُم ذٰلكَ وإنْ لَمْ يكنْ هٰذا الموضعُ موضعاً تَصِحُّ فيهِ الكفالةُ بالبدنِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يتوجَّهْ عليهِمْ حقٌّ ، إلاَّ أَنَّهُ فعلَهُ ٱستظهاراً عليهِمْ .

فإذا قلنا : لا تَصِحُّ الكفالةُ بالبدنِ . . فلا تفريعَ عليهِ .

وإذا قلنا : تَصِحُّ . . فإنَّما تَصِحُّ الكفالةُ ببدنِ كلِّ مَنْ يَلزمُهُ الحضورُ إلىٰ مجلسِ الحُكمِ بدينٍ ؛ لأَنَّهُ دينٌ لازمٌ ، فصحَّتِ الكفالةُ ببدنِ مَنْ عليهِ الحقُّ ، كالدَّينِ .

فرعٌ : [كفالة من عليه حدّ] :

وأمَّا الكفالةُ ببدَنِ مَنْ عليهِ حَدٌّ : فإنْ كانَ للهِ تعالىٰ ، كحدِّ الزِّنا ، وحدِّ شُربِ الخمرِ ، وما أَشبَهَهُما . . لَمْ تَصِحَّ لمعنيينِ :

أَحدُهما : أَنَّهُ لَمَّا لَمْ تَصِحَّ الكفالةُ بما عليه من الحقِّ . . لم تصحَّ الكفالةُ ببدَنِ مَنْ عليهِ .

والثاني : لا ؛ لأَنَّ الكفالةَ وثيقةٌ ، وحدودُ اللهِ لا يُستوثَقُ لها ؛ لأَنَّها تَسقطُ بالشبهاتِ .

وإنْ كانَ الحدُّ للآدميِّ ، كحدِّ القَذْفِ ، والقِصاصِ . . فهلْ تَصِحُّ الكفالةُ ببدنِ مَنْ عليهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا تَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ لا تَصِحُّ الكفالةُ بما عليهِ مِنَ الحقِّ ، فلَمْ تَصِحَّ الكفالةُ ببدنهِ ، كمَنْ عليهِ حدُّ الزِّنا .

والثاني : تَصِحُّ الكفالةُ ببدنهِ ؛ لأَنَّ عليهِ حَقّاً لآدميٍّ ، فصحَّتِ الكفالةُ ببدنهِ ، كما لو كانَ لهُ عليهِ دينٌ .

= « موسوعة فقه عبد الله بن مسعود » (ص/ ٢٤١) ، وفيه : (ثم إن ابن مسعود استشار الناس في أولئك النفر ، فأشار عدي بن حاتم بقتلهم ، فقام جرير ، والأشعث ، فقالا : بل استتبهم ، وكفلهم عشائرهم ، فاستتابهم ، فتابوا ، وكفلهم عشائرهم).

فرعٌ : [كفالة المكاتب] :

وإنْ تكفَّلَ ببدَنِ مكاتبٍ لسيِّدِهِ لأَجْلِ مالِ الكتابةِ . . لَمْ تَصِحَّ ؛ لأَنَّ الحقَّ الذي عليهِ غيرُ لازمٍ لهُ ، فَلَمْ تَصِحَّ الكفالةُ ببدنهِ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وإنْ تكفَّلَ ببدَنِ صبيٍّ أَو مجنونٍ . . صحَّتِ الكفالةُ ؛ لأَنَّ الحقَّ يجبُ عليهِما ، وقدْ يُحتاجُ إِلىٰ إِحضارِهِما للشهادةِ عليهِما للإِتلافِ .

وإِنْ رهَنَ رجلٌ شيئاً ، ولَمْ يُسلِّمْهُ ، فتكفَّلَ رجلٌ عليهِ بتسليمِهِ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّ تسليمَهُ غيرُ لازمٍ لَهُ ، فلَمْ تَصِحَّ الكفالةُ بهِ .

وإِنِ ٱدَّعىٰ علىٰ رجلٍ حَقّاً ، فأَنكرهُ . . جازتِ الكفالةُ ببدنهِ ؛ لأَنَّ عليهِ حقَّ الحضورِ ، والكفالةُ واقعةٌ علىٰ إِحضارِهِ .

فرعٌ : [طلب الكفالة لآخر] :

إِذا قالَ رجلٌ لرجلٍ : تكفَّلْ بفلانٍ لفلانٍ ، ففعلَ . . كانتِ الكفالةُ لازمةً علىٰ الذي باشَرَ الكفالةَ ، دونَ الآمرِ ؛ لأَنَّ المُتكفِّلَ فعلَ ذٰلكَ بٱختيارِهِ ، والآمرَ بذٰلكَ حثَّ علىٰ المعروفِ ، وهٰكذا في الضمانِ مثلُهُ .

مسأَلةٌ : [كفالة من عليه دين] :

إِذا تكفَّلَ ببدَنِ رجلٍ لرجلٍ لهُ عليهِ دينٌ ، فماتَ المكفولُ بهِ . . بطَلَتِ الكفالةُ ، ولَمْ يَلزَمِ الكفيلَ ما كانَ علىٰ المكفولِ بهِ مِنَ الدَّينِ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ .

وقالَ مالكٌ ، وأَبو العباسِ ابنُ سريجٍ : (يلزمُ الكفيلَ ما كانَ علىٰ المكفولِ بهِ مِنَ الدَّينِ للمكفولِ لهُ ؛ لأَنَّ الكفالةَ وثيقةٌ بالحقِّ ، فإِذا تعذَّرَ الحقُّ مِنْ جهةِ مَنْ عليهِ الدَّينُ . ٱستوفىٰ مِنَ الوثيقةِ ، كالرهنِ) .

دليلُنا : أَنَّهُ تكفَّلَ ببدنهِ لا بِدَيْنِهِ ، فلَمْ يَلزمْهُ ما عليهِ مِنَ الدَّينِ ، كما لو غابَ ، ويفارقُ الرهنَ ؛ لأَنَّهُ علَّقَ بهِ الدَّينَ ، فٱستوفىٰ منهُ ، وهاهُنا لَمْ يتكفَّلْ إِلاَّ بإِحضارِهِ ، وقد تعذَّرَ إِحضارُهُ بموتِهِ .

فإذا قلنا بالمذهبِ : صحَّتِ الكفالةُ ببدَنِ مَنْ عليهِ دينٌ مجهولٌ عندَ الكفيلِ .

وإذا قلنا بقولِ أَبي العبّاسِ . . لَمْ تَصِحَّ الكفالةُ ببدَنِ مَنْ عليهِ دينٌ مجهولٌ عندَ الكفيلِ .

فرعٌ : [تكفّل بدنَ رجل وإلا دفع الحقَّ] :

فإنْ تكفَّلَ ببدَنِ رجلٍ ، وشرطَ أَنَّهُ متىٰ لَمْ يُحضِرْهُ ، فعليهِ الحقُّ الذي عليهِ ، أَو قالَ : عليَّ كذا وكذا . . لَمْ تَصِحَّ الكفالةُ ، ولَمْ يَجبْ عليهِ المالُ المضمونُ بهِ ، وبهِ قالَ محمَّدٌ .

وقالَ أَبو حنيفةَ ، وأَبو يوسفَ : (إِنْ لَمْ يُحضِرْهُ . . وَجبَ عليهِ المالُ) .

دليلُنا : أَنَّ هٰذا خَطَرَ ، فَلَمْ يَجُزْ تعليقُ الضمانِ عليهِ ، كما لو قالَ : إِنْ جاءَ المطرُ . . فأَنا ضامنٌ ببدنِهِ .

وإِنْ قالَ : تكفَّلتُ لكَ ببدَنِ زيدٍ ، علىٰ أَنّي إِنْ جئتُ بهِ ، وإِلاَّ فأَنا كفيلٌ لكَ ببدنِ عَمرٍو . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَلتزِمْ إِحضارَ أَحدِهما ، فصارَ كما لو تكفَّلَ بأَحدِهما لا بعينِهِ .

وإِنْ تكفَّلَ ببدَنِ رجلٍ بشرطِ الخِيارِ . . لَمْ تَصِحَّ الكفالةُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يفسدُ الشرطُ ، وتَصِحُّ الكفالةُ) .

دليلُنا : أَنَّهُ عقدٌ لا يجوزُ فيهِ شرطُ الخيارِ ، فإِذا شُرِطَ فيهِ الخيارُ . . أَبطلَهُ ، كالصرفِ .

ولو أَقرَّ رجلٌ ، فقالَ : إِنَّما تكفَّلتُ لكَ ببدَنِ فلانٍ علىٰ أَنَّ ليَ الخيارَ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يُقبَلُ إِقرارُهُ في الجميعِ ، فيُحكمُ ببُطلانِ الكفالةِ ، كما لو قالَ : لهُ عليَّ أَلفُ درهَمٍ إِلاَّ خمسَ مئةٍ .

والثاني : يُقبلُ إِقرارُهُ في الكفالةِ ، ولا يُقبلُ في أَنَّهُ كانَ بشرطِ الخيارِ ؛ لأَنَّهُ وصلَ إِقرارَهُ بما يُسقِطُهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كما لو قالَ : لهُ عليَّ أَلفُ درهَمٍ إِلاَّ أَلفَ درهمٍ[1] .

---

(١) قال المحلِّي في « البدر الطالع بحلِّ شرح جمع الجوامع » (٢/١٦ ـ ١٧) : وإن استغرق =

مسأَلَةٌ : [كفالة البدن حالاً ومؤجلاً] :

وإِنْ تكفَّلَ ببدَنِ رجلٍ . . نظرتَ :

فإِنْ شَرطَ إِحضارَهُ حالاً . . لَزِمَهُ إِحضارُهُ في الحالِ ، كما لو تكفَّلَ بدينٍ حالٍّ ، وإِنْ تكفَّلَ ببدنهِ ، وأَطلقَ . . اقتضىٰ ذٰلكَ إِحضارَهُ في الحالِ ، كما قلنا فيمنْ باعَ بثَمَنٍ ، وأَطلقَ . . فإِنَّ ذٰلكَ يقتضي الحُلولَ ، وإِنْ تكفَّلَ ببدنهِ إِلىٰ أَجلٍ معلومٍ . . صحَّتِ الكفالةُ ، ولا يَلزمُهُ إِحضارُهُ قبلَ ذٰلكَ ، كما إِذا ضَمِنَ الدَّينَ إِلىٰ أَجلٍ معلومٍ .

وإِنْ تكفَّلَ ببدنهِ إِلىٰ أَجلٍ مجهولٍ . . فهلْ تَصِحُّ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تَصِحُّ ، كما تَصِحُّ العاريَّةُ إِلىٰ أَجلٍ مجهولٍ .

والثاني : لا تَصِحُّ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ إِثباتُ حقٍّ في الذمَّةِ لآدميٍّ ، فَلَمْ تَصِحَّ إِلىٰ أَجلٍ مجهولٍ ، كضمانِ المالِ ، وتخالفُ العاريَّةَ ، فإِنَّها لا تَلزمُ ، ولهٰذا لو أَعارهُ إِلىٰ مدَّةٍ . . كانَ لهُ الرجوعُ فيها قَبلَ انقضائِها ، ولو تكفَّلَ لهُ بدينهِ[1] إِلىٰ أَجلٍ معلومٍ . . لَمْ يكنْ لهُ المطالبةُ بهِ قَبلَ حلولِ الأَجلِ ، ولأَنَّ العاريةَ تجوزُ مِنْ غيرِ تعيينٍ ، ولهٰذا لو قالَ : أَعرتُكَ أَحدَ هٰذينِ الثوبينِ . . جازَ ، ولو قالَ : تكفَّلتُ لكَ ببدَنِ أَحدِ هٰذينِ الرجلينِ . . لَمْ يَجُزْ .

= الأول ، نحو : له عليّ عشرة إلاّ عشرة إلاّ أربعة ، قيل : يلزمه عشرة ؛ لبطلان الأول ، والثاني تبعاً . وقيل : أربعة اعتباراً لاستثناء الثاني من الأول . وقيل : ستة اعتباراً للثاني دون الأول .

قال الخضري في « أصول الفقه » (ص/ ٢٢٣) : فإذا قال : لفلان عليَّ عشرة إلا عشرة . . لزمته العشرة ؛ لأنه رفع الإقرار ، والإقرار لا يجوز رفعه ، ولكن يتمّم بما يجري مجرىٰ الجزء من الكلام .

ومن شروط الاستثناء الاتصال ، وأن يكون المستثنىٰ مستغرقاً . وأن يدخل المستثنىٰ تحت المستثنىٰ منه قصداً لا ضمناً .

وأجمع الفقهاء علىٰ أنَّ مَنْ قال : لفلان عليَّ عشرة إلا تسعة يلزمهُ واحد .

(١) في نسختين : (ببدنه) .

مسأَلةٌ : [الكفالة بشرط التسليم بموضع] :

تجوزُ الكفالةُ ببدَنِ رجلٍ ليسلِّمَهُ في موضعٍ معيَّنٍ ، كما يَصِحُّ السَّلَمُ بشرطِ أَنْ يُسلِّمَ المُسْلَمَ فيهِ في موضعٍ معيَّنٍ ، وتجوزُ الكفالةُ ببدَنِ رجلٍ وإِنْ لَمْ يَذْكُرْ موضِعَ التسليمِ .

فعلىٰ هٰذا : يُسلِّمُهُ في موضعِ العقدِ ، كما تَصِحُّ الكفالةُ بالبدَنِ حالاً ومؤجَّلاً ، وإذا أَطلقَ . . ٱقتضىٰ الحلولَ .

فإذا تكفَّلَ لهُ ببدَنِ رجلٍ ليُسلِّمَهُ إليهِ في بلدٍ معيَّنٍ ، فسلَّمَهُ إليهِ في غيرِ ذٰلكَ البلدِ . . لَمْ يَلزَمِ المكفولَ لهُ قبولُهُ ؛ لأَنَّ عليهِ مشقَّةً في تَسلُّمِهِ في غيرِ ذٰلكَ البلدِ ، وقد يكونُ لهُ غَرضٌ في تَسلُّمِهِ في عينِ ذٰلكَ البلدِ ، وإِنْ تكفَّلَ لهُ ببدنهِ ليُسلِّمَهُ في موضعٍ معيَّنٍ مِنَ البلدِ ، بأَنْ يقولَ : في مجلسِ القاضي أَو في مسجدِهِ ، فسلَّمَهُ إليهِ في ذٰلكَ البلدِ ، في غيرِ ذٰلكَ الموضعِ المعيَّنِ . . فهلْ يَلزمُهُ قبولُهُ ؟ فيهِ وجهانِ لأَبي العبّاسِ :

أَحدُهما : لا يَلزمُهُ قَبولُهُ ، كما لو تَسلَّمَهُ في غيرِ ذٰلكَ البلدِ .

والثاني : يَلزمُهُ قَبولُهُ ؛ لأَنَّ العادةَ أَنَّهُ لا مؤنةَ عليهِ في نَقلهِ مِنْ موضعٍ في البلدِ إلىٰ موضعٍ فيهِ .

مسأَلةٌ : [الكفالة بإذن المكفول به] :

إذا تكفَّلَ رجلٌ ببدَنِ رجلٍ بإِذنِ المكفولِ بهِ . . صحَّتِ الكفالَةُ ، فإذا سأَلَ المكفولُ لَهُ الكفيلَ إحضارَ المكفولِ بهِ . . وجَبَ علىٰ الكفيلِ أَنْ يُحضرَهُ ، ووجبَ علىٰ المكفولِ بهِ أَنْ يَحضُرَ ؛ لأَنَّهُ تكفَّلَ بهِ بإذنهِ ، وإِنْ لَمْ يُطالبْهُ المكفولُ لهُ ، فقالَ الكفيلُ للمكفولِ بهِ : ٱحضُرْ معي لأَردَّكَ إلىٰ المكفولِ لهُ لتُبرِىءَ ذمَّتي مِنَ الكَفَالةِ . . كانَ عليهِ أَنْ يحضرَ معهُ ؛ لأَنَّهُ قَدْ تعلّقَ عليهِ إحضارُهُ بأَمرِهِ ، فلَزِمَهُ تَخليصُهُ منهُ ، كما لو أَعارهُ عبدَهُ ليَرهَنَهُ ، فرَهَنَهُ . . فلصاحبهِ أَنْ يُطالبَهُ بفكِّهِ .

وإِنْ تكفَّلَ رجلٌ لرجلٍ ببدَنِ رجلٍ بغيرِ إِذنِ المكفولِ بهِ . . فهلْ تَصِحُّ ؟ فيهِ وجهانِ :

[**أَحدُهما**] : **قالَ عامَّةُ أَصحابِنا** : لا تَصِحُّ ؛ لأَنَّ المقصودَ بالكفالةِ بالبدَنِ إحضارُ

المكفولِ بهِ عندَ المطالبةِ ، فإذا كانَ ذٰلكَ بغيرِ إذنهِ . . لَمْ يَلزمْهُ الحضورُ معَهُ ، فلا تُفيدُ الكَفالةُ شيئاً .

فعلىٰ هٰذا : إذا تكفَّلَ ببدَنِ صبيٍّ ، أو مجنونٍ . . لَمْ يَصِحَّ ذٰلكَ إلاَّ بإذنِ وليِّهِ ؛ لأنَّ الصبيَّ والمجنونَ لا إذنَ لهُما .

و[**الثاني**] قالَ أبو العبّاسِ : تَصِحُّ الكفالةُ بالبدَنِ مِنْ غيرِ إذنِ المكفولِ بهِ ، كما يَصِحُّ الضمانُ عليهِ بالدَّينِ مِنْ غيرِ إذنهِ .

قالَ أبو العبّاسِ : **فعلىٰ هٰذا** : إذا قالَ المكفولُ لهُ للكفيلِ : أحضرِ المكفولَ بهِ . . وَجبَ علىٰ الكفيلِ أنْ يُطالِبَ المكفولَ بهِ بالحضورِ ، فإذا طالبَهُ . . وَجبَ علىٰ المكفولِ بهِ الحضورُ مِنْ غيرِ جهةِ الكفالةِ ، ولٰكنْ لأنَّ صاحبَ الحقِّ قد وكَّلَ الكفيلَ بإحضارِهِ .

وإنْ قالَ المكفولُ لهُ للكفيلِ : اُخرُجْ إليَّ مِنْ كفالَتِكَ[1] ، أو رُدَّ عليَّ كفالتي . . فهلْ يَلزمُ المكفولَ بهِ الحضورُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : يَلزمُهُ ؛ لأنَّ ذٰلكَ يَتضمَّنُ الإذنَ في إحضارِهِ ، فهوَ كما لو وكَّلَهُ بإحضارِهِ .

والثاني : لا يَلزمُهُ الحضورُ ؛ لأنَّهُ إنَّما طالبَهُ بما عليهِ مِنَ الإحضارِ .

قالَ أبو العبّاسِ : **فعلىٰ هٰذا** : للمكفولِ لهُ حَبْسُ الكفيلِ .

قالَ ابنُ الصبَّاغِ : وهٰذا يَدلُّ عندي علىٰ فسادِ ما قالَهُ ؛ لأنَّهُ يُحبسُ علىٰ ما لا يَقدِرُ عليهِ .

مسألَةٌ : [كفالة بعض البدن ككلِّه] :

إذا تكفَّلَ بعضوِ رجلٍ ، كيدِهِ ، أو رِجلهِ ، أو رأسِهِ ، أو بجُزءٍ مُشاعٍ منهُ ، كنِصفهِ ، أو ثُلُثِهِ ، أو رُبُعِهِ . . ففيهِ ثلاثةُ أوجهٍ :

---

(١) أي : يطلب الوفاء بما التزم به الكفيل .

أَحدُها : تَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ لا يُمكِنُ تسليمُ نِصفهِ ، أَو ثُلُثِهِ إِلاَّ بتسليمِ جميعِ البدَنِ ، ولا تُسَلَّمُ إِليهِ اليدُ والرِّجلُ ، إِلاَّ علىٰ هيئَتِهما عندَ الكفالةِ ، وذٰلكَ لا يمكنُ إِلاَّ بتسليمِ جميعهِ .

والثاني ـ وهوَ قولُ القاضي أَبي الطيِّبِ ، وحكاهُ ٱبنُ الصبَّاغِ عَنِ الشيخِ أَبي حامدٍ ـ : أَنَّهُ لا تَصِحُّ ؛ لأَنَّ ما لا يَسري إِذا خُصَّ بهِ عضوٌ ، أَو جُزءٌ مُشاعٌ . لَمْ يَصِحَّ ، كالبيعِ منهُ ، والإِجارةِ ، والوصيَّةِ ، وفيهِ ٱحترازٌ مِنَ العِتْقِ ، والطلاقِ .

والثالثُ : إِنْ تكفَّلَ بما لا يَبقىٰ البدنُ إِلاَّ بهِ ، كالرأسِ ، والقلبِ ، والكبدِ ، والنِّصفِ ، والثُّلُثِ . . صحَّ ؛ لأَنَّهُ لا يمكنُ تسليمُ ذٰلكَ إِلاَّ بتسليمِ جميعِ البدَنِ ، وإِنْ تكفَّلَ بما يَبقىٰ البدَنُ دونَهُ ، كاليدِ ، والرِّجلِ . . لم يَصِحَّ ؛ لأَنَّهُ قد تُقطَعُ منهُ ، ويَبقىٰ البدَنُ ، ولا فائدةَ في تسليمهِ وحدَهُ .

مسأَلةٌ : [الإحضار قبل الأجل] :

إِذا تكفَّلَ ببدنِ رجلٍ ليُحضِرهُ إِلىٰ أَجلٍ ، فأَحضَرهُ الكفيلُ قَبلَ الأَجلِ ، فإِنْ قَبِلَ المكفولُ لهُ . . برِىءَ الكفيلُ ، وإِنِ ٱمتنعَ المكفولُ لهُ مِنَ القَبولِ . . نَظرتَ :

فإِنْ كانَ عليهِ في قبولهِ ضررٌ بأَنْ يكونَ حقُّهُ مؤجَّلاً ، أَو كانَ حقُّهُ حالاً إِلاَّ أَنَّ لهُ بهِ بيِّنةً غائبةً . . فإِنَّهُ لا يَلزمُهُ قَبولُهُ ؛ لأَنَّ عليهِ ضرراً في قَبولِهِ .

وإِنْ لَمْ يكنْ عليهِ في قَبولِهِ ضَررٌ ، مثلُ : أَنْ يكونَ حقُّهُ حالاً ، وبيِّنتُهُ حاضرةً . . لزِمَهُ قَبولُهُ .

لأَنَّهُ لا ضَررَ عليهِ في قَبولِهِ ، فإِنِ ٱمتنعَ مِنْ تَسلُّمِهِ . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : رَفَعهُ الكفيلُ إِلىٰ الحاكمِ ، وسلَّمهُ إِليهِ ليَبرأَ ، وإِنْ لَمْ يَجدْ حاكماً . . أَحضرَ شاهدينِ يَشهدانِ بتسليمهِ ، أَو ٱمتناعِ المكفولِ لَهُ .

وذَكرَ القاضي أَبو الطيِّبِ : أَنَّهُ يُشهِدُ علىٰ ٱمتناعهِ رجلينِ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : **وهٰذا أَقيسُ** ؛ لأَنَّ معَ وجودِ صاحبِ الحقِّ لا يَلزمُهُ دَفعُهُ إِلىٰ مَنْ يَنوبُ عنهُ ، مِنْ حاكمٍ ، أَو غيرِهِ .

وإِنْ أَحضرهُ الكفيلُ ، وهناكَ يدُ سلطانٍ لا يَقدِرُ عليهِ ، يَمنعُ منهُ . . لَمْ يَبرأ الكفيلُ

بذلكَ ؛ لأنَّ المسْتحَقَّ تسليمُهُ مِنْ غيرِ حائلٍ ، وإنْ سلَّمَهُ ، وهوَ في حبسِ الحاكمِ . . لَزِمَهُ أَنْ يَتسلَّمَهُ ؛ لأنَّ حبسَ الحاكمِ لا يمنعُهُ مِنِ ٱستيفاءِ حَقِّهِ ، فإنْ كانَ حقُّهُ قد ثبتَ عليهِ بالبيِّنةِ ، أو بالإقرارِ . . حبَسَهُ الحاكمُ بهِ ، وبالحقِّ الذي كانَ محبوساً بهِ ، وإنْ لَمْ يكنْ حقُّهُ قد ثبتَ عليهِ ، فطلبَ إحضارَهُ . . فإنَّ الحاكمَ يُحضِرُهُ ليَحكُمَ بينَهما ، فإنْ ثَبتَ له عليهِ حقٌّ ، وطلبَ حَبْسَهُ . . فإنَّ الحاكمَ يَحبِسُهُ بهِ وبالحقِّ الأَوَّلِ ، فإذا سَقطَ حقُّ أَحدِهمْ . . لَمْ يَجُزْ تَخليتُهُ إلاَّ بعدَ سقوطِ حقِّ الآخَرِ .

وإنْ جاءَ المكفولُ بهِ إلىٰ المكفولِ لهُ ، وسلَّمَ نفسَهُ إليهِ . . برئَ الكفيلُ ، كما يَبرأُ الضامنُ إذا دَفعَ المضمونُ عنهُ مالَ الضمانَةِ .

فرعٌ : [يلزم إحضار المكفول من دار الحرب أو الحبس] :

إذا تكفَّلَ ببدَنِ رجلٍ ، ثُمَّ ٱرتدَّ المكفولُ بهِ ، وَلحِقَ بدارِ الحربِ ، أَو حُبِسَ بحَقٍّ . . لَزِمَ الكفيلَ إحضارُهُ ، فيَخرُجُ إلىٰ دارِ الحربِ لإحضارِهِ ، والمحبوسُ يمكنهُ أَنْ يقضيَ عنهُ الحقَّ ، ويُطلَقَ مِنَ الحبسِ .

فرعٌ : [يحبس الكفيل إذا غاب المكفول به] :

وإنْ غابَ المكفولُ بهِ . . نَظرتَ :

فإنْ كانَ غيبتُهُ إلىٰ موضعٍ معلومٍ . . فعلىٰ الكفيلِ أَنْ يُحضِرَهُ ، فإذا مَضتْ مدَّةٌ يمكنُهُ فيها الذهابُ إليهِ ، والمجيءُ بهِ ، ولَمْ يأتِ بهِ . . حبسَهُ الحاكمُ . **هٰذا قولُنا** .

وقالَ ٱبنُ شُبرمةَ : يُحبسُ في الحالِ ؛ لأنَّ حقَّهُ قد توجَّهَ عليهِ . وهٰذا ليسَ بصحيحٍ ؛ لأنَّ الحقَّ ، وإنْ كانَ قدْ حلَّ ، فإنَّهُ يُعتبرُ فيهِ إمكانُ التسليمِ ، وإنَّما يجبُ عليهِ إحضارُ الغائبِ عندَ إمكانِ ذٰلكَ .

وإنْ كانَ غائباً غيبةً مُنقطِعةً لا يُعلمُ مكانُهُ . . لَمْ يُطالَبِ الكفيلُ بإحضارِهِ ، ولَمْ يُحبسْ ؛ لأنَّهُ لا يمكنُ المطالبةُ بردِّهِ ، فلَمْ يُطالَبْ بهِ ، كمَنْ عليهِ دينٌ هوَ معسِرٌ بهِ . . فإنَّهُ لا يُطالبُ بهِ .

وإنْ أبرأَ المكفولُ لهُ المكفولَ بهِ مِنَ الحقِّ . . بَرِئَ المكفولُ بهِ ، وبَرِئَ الكفيلُ ؛ لأنَّهُ فرعٌ لهُ ، فإذا بَرِئَ الأصلُ . . برئَ الفرعُ . وإنْ أبرأَ الكفيلَ . . برئَ الكفيلُ ، ولَمْ يبرأ المكفولُ بهِ ، كما قلنا في المضمونِ لهُ إذا أبرأَ الضامنَ .

فرعٌ : [كفالة المكفول له وتبرئة الكفيل] :

إذا تكفَّلَ ببدَنِ رجلٍ ، ثُمَّ جاءَ رجلٌ إلىٰ المكفولِ لهُ ، وقالَ : تكفَّلتُ لكَ ببدَنِ فلانٍ المكفولِ بهِ علىٰ أنْ تُبرِّئَ فلاناً الكفيلَ . . ففيهِ وجهانِ :

[أحدُهما] : قالَ أبو العبّاسِ : تَصِحُّ كفالةُ الثاني ، ويَبرأُ الأوّلُ ؛ لأنَّ الثانيَ قد حوَّلَ الكفالةَ إلىٰ نفسهِ ، فَبرِئَ الأوَّلُ ، كما لو كانَ لهُ حقٌّ فٱحتالَ بهِ علىٰ آخَرَ .

و**[الثاني]** : قالَ الشيخُ أبو حامدٍ ، والقاضي أبو الطيِّبِ : لا تَصِحُّ الكفالةُ الثانيةُ ، ولا يَبرأُ الأوَّلُ ؛ لأنَّ الكفالةَ والضمانَ لا تُحوِّلُ الحقَّ ، فكفالةُ الثاني لا تُبرِّئُ الأوَّلَ مِنْ كفالتهِ ، وإذا لَمْ يَبرَأِ الأوَّلُ . . فلَمْ يتكفَّلْ لَهُ الثاني إلاَّ بهٰذا الشرطِ ، وإذا لَمْ يَصِحَّ الشرطُ . . لَمْ تَصِحَّ الكفالةُ .

فرعٌ : [تكفل لرجلين فرده علىٰ أحدهما لم يبرأ الآخر] :

وإنْ تكفَّلَ رجلٌ ببدَنِ رجلٍ لرجلينِ بعقدٍ ، فَردَّهُ علىٰ أَحدِهما . . بَرِئَ مِنْ حقِّهِ ، ولَمْ يَبرَأْ مِنْ حقِّ الآخرِ حتَّىٰ يَردَّهُ عليهِ ؛ لأنَّ العقدَ معَ ٱثنينِ بمنزلةِ العقدينِ ، فهوَ كما لو تكفَّلَ لكلِّ واحدٍ منهما بعقدٍ منفردٍ .

وإنْ تكفَّلَ رجلانِ لرجلٍ ببدَنِ رجلٍ ، فأَحضرَهُ أَحدُهما إلىٰ المكفولِ لهُ . . بَرِئَ الذي أَحضرَهُ ، وهلْ يَبرَأُ الكفيلُ الآخرُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهوَ قولُ المزنيِّ ، والشيخِ أَبي إسحاقَ ـ : أَنَّهُ يَبرَأُ كما لو ضَمِنَ رجلانِ لرجلٍ ديناً علىٰ رجلٍ ، فأَدَّاهُ أَحدُهما . . فإنَّ الآخَرَ يَبرَأُ .

والثاني ـ وهوَ قولُ أَبي العبَّاسِ ، والشيخِ أَبي حامدٍ ، والقاضي أَبي الطيِّبِ ، وٱبنِ الصبَّاغِ ـ : أَنَّهُ لا يَبرَأُ الآخرُ ؛ لأنَّ الحقَّ باقٍ لَمْ يَسقُط ، والكفيلانِ وثيقتانِ ، فلا تنفكُّ

إحدىٰ الوثيقتين بٱنفكاكِ الأُخرىٰ ، كما لو كانَ الحقُّ مرهوناً[١] ، فٱنفكَّ أَحدُهما معَ بقاءِ الحقِّ . . فإنَّهُ لا يَنفكُّ الباقي منهما ، ويفارقُ إذا قضىٰ أَحدُ الضامنينِ المالَ المضمونَ بهِ . . فإنَّ الحقَّ هناكَ قَد سَقطَ ، فٱنفكَّتِ الوثيقةُ ، وهاهُنا الحقُّ لَمْ يَسقُط .

فرعٌ : [إبراء المكفول له الكفيل] :

إذا تكفَّلَ رجلٌ لرجلٍ ببدَنِ رجلٍ ، فقالَ المكفولُ لَهُ : مالي قِبَلَ المكفولِ بهِ حقٌّ . . قالَ أَبو العبّاسِ : ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَبرَأُ المكفولُ بهِ ممَّا عليهِ ، وتَبطُلُ الكفالةُ ؛ لأَنَّ قولَهُ : (لا حقَّ لي قِبَلَهُ) نفيٌ في نكرةٍ ، فٱقتضىٰ العمومَ .

والثاني : يَرجِعُ إِليهِ ، فإِنْ قالَ : أَردتُ بهِ : لا شيءَ لي عليهِ . . بَطَلتِ الكفالةُ ، وبَرِئَ المكفولُ بهِ ، وإِنْ قالَ : أَردتُ بهِ : لا حقَّ لي عليهِ مِنْ عاريَّةٍ أَو وديعةٍ ، وصدَّقهُ الكفيلُ والمكفولُ بهِ . . قُبِلَ قَولُهُ ، وإِنْ كذَّباهُ أَو أَحدُهما . . فالقولُ قولُهُ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّهُ أَعلمُ بنيَّتِهِ[٢] . وإِنْ قالَ : لا حقَّ لي في ذمَّتهِ ، ولا في يدهِ . . بَرِئا جميعاً .

قيلَ للشيخِ أَبي حامدٍ : فإذا كانَ لرجلٍ علىٰ رجلٍ دينٌ ، فقالَ : لا حقَّ لي قِبَلَهُ . . فقالَ : هوَ علىٰ هٰذينِ الوجهينِ .

فرعٌ : [تعاد الكفالة بعد الإبراء] :

وإِنْ تكفَّلَ رجلٌ ببدَنِ رجلٍ لرجلٍ ، فأَبرأَ المكفولُ لَهُ الكفيلَ ، ثُمَّ رآهُ ملازماً لَهُ ، فقالَ لَهُ : خَلِّ عنهُ وأَنا علىٰ ما كنتُ عليهِ مِنَ الكفالةِ ، أَو علىٰ مِثلِ ما كنتُ عليهِ . قالَ أَبو العبّاسِ : صحَّتْ كفالتُهُ ؛ لأَنَّهُ إمَّا أَنْ يكونَ هٰذا إخباراً عَنْ كفالتهِ ، أَو إِقراراً بهِ ، أَوِ ٱبتداءَ كفالةٍ في الحالِ ، وأَيُّها كانتْ . . وجبَ أَنْ تَصِحَّ .

---

(١) في نسختين : (بالحق رهون) .

(٢) في نسخة : (ببينته) .

فرعٌ : [كفالة بدنِ الكفيل] :

وإنْ تكفَّلَ رجلٌ ببدَنِ رجلٍ ، ثُمَّ تكفَّلَ آخَرُ ببدَنِ الكفيلِ . . صحَّ ؛ لأنَّهُ تكفَّلَ بمَنْ عليهِ حقٌّ لازمٌ ، فكذٰلكَ لو تكفَّلَ ثالثٌ بالثاني ، ورابعٌ بالثالثِ . . فيَصِحُّ الجميعُ ، فإنْ حَضرَ المكفولُ بهِ الأَوَّلُ بعينهِ[1] ، أَو أَحضرَهُ الكفيلُ . . بَرِىءَ جميعُ الكُفَلاءِ ، وإنْ ماتَ المكفولُ بهِ الذي عليهِ الدَّينُ . . بَرِىءَ الكُفَلاءُ علىٰ **المذهبِ** ، فإنْ ماتَ الكفيلُ الأَوَّلُ . .بَرِىءَ جميعُ الكُفلاءِ ، وإنْ ماتَ الكفيلُ الثاني . . بَرِىءَ الثالثُ والرابعُ[2] ، وإنْ ماتَ الثالثُ . . بَرِىءَ الرابعُ ، ولَمْ يَبرَأ الأَوَّلانِ ، وإنْ ماتَ الرابعُ . . بَطَلتْ كفالتُهُ وحدَهُ ، وحُكمُ البراءَةِ حُكمُ الموتِ[3] .

مسأَلةٌ : [الاختلاف في تكليف الضامن] :

وإذا ضَمِنَ عَنْ رجلٍ ديناً ، ثُمَّ ٱختلفا ، فقالَ الضامنُ : ضَمِنتُ وأَنا صبيٌّ ، وقالَ المضمونُ لهُ : بَلْ ضَمِنتَ وأَنتَ بالغٌ ، فإنْ أَقامَ المضمونُ لهُ بيِّنةً أَنَّهُ ضَمِنَ وهوَ بالغٌ . . حُكِمَ بِصحَّةِ الضمانِ ، وإنْ لَمْ تكنْ بيِّنةٌ . . فالقولُ قولُ الضامنِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ البلوغِ .

وإنْ قالَ الضامنُ : ضَمِنتُ وأَنا مجنونٌ ، وقالَ المضمونُ لهُ : بَلْ ضَمِنتَ وأَنتَ عاقلٌ ، فإنْ أَقامَ المضمونُ لهُ بيِّنةً أَنَّهُ ضَمِنَ لهُ وهوَ عاقلٌ . . حُكِمَ لهُ بصحَّةِ الضمانِ ، وإنْ لَمْ تكنْ لهُ بيِّنةٌ ، فإنْ لَمْ يُعرَفْ للضامنِ حالُ جُنونٍ . . فالقولُ قولُ المضمونِ لهُ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ صحَّةُ الضامنِ[4] ، وإنْ عُرِفَ لهُ حالُ جنونٍ . . فالقولُ قولُ الضامنِ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّهُ يَحتمِلُ أَنَّهُ ضَمِنَ في حالِ الجنونِ ، ويَحتمِلُ أَنَّهُ ضَمِنَ في حالِ الإفاقةِ ، والأَصلُ براءَةُ ذمَّتهِ .

---

(١) في (م) : (أحضرَ المكفولَ به الأول نفسَه) .
(٢) قال النواوي في « الروضة » (٣/ ٤٩٢) : إذا برىء واحد . . برىء من بعده دون من قبله .
(٣) أي : في تعلق الأحكام والحقوق من غرم أو غنم .
(٤) في نسختين : (الضمان) .

فرعٌ : [اختلفا في إبراء الضمان] :

وإنِ ٱدَّعىٰ الضامنُ أَنَّ المضمونَ لهُ أَبرأَهُ عَنْ ضمانهِ ، وأَنكرَ المضمونُ لهُ البراءَةَ ، فأَحضرَ الضامنُ شاهدينِ أَحدُهما المضمونُ عنهُ . . قالَ الصيمَريُّ : فإنْ لَمْ يأمُرْهُ بالضمانِ عنهُ . . قُبِلتْ شهادتُهُ ، وإنْ أَمرَهُ بالضمانِ عنهُ . . لَمْ تُقبَلْ شهادتُهُ .

فرعٌ : [إنكار الضامن وبيِّنة المضمون] :

وإنِ ٱدَّعىٰ علىٰ رجلٍ أَنَّهُ ضَمِنَ لهُ ديناً علىٰ رجلٍ غائبٍ معيَّنٍ ، وأَنكرَ الضامنُ ، وأَحضرَ المضمونُ لهُ بيِّنةً تَشهدُ بالضمانِ ، فإنْ بيَّنَ قَدرَ المالِ المضمونِ بهِ ، وشَهِدتْ معهُ البيِّنةُ بذٰلكَ . . حُكِمَ بها . وإنِ ٱدَّعىٰ الضمانَ بمالٍ معلومٍ ، والمضمونُ عنهُ مجهولٌ ، وشَهِدتْ لهُ بذٰلكَ بيِّنةٌ . . فهلْ تُسمَعُ بيِّنتُهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا تُسمَعُ هٰذهِ البيِّنةُ ، ولا يُحكَمُ لهُ علىٰ الضامنِ بشيءٍ ؛ لأَنَّ الذي عليهِ الحقُّ إذا كانَ مَجهولاً . . لَمْ يَثبُتْ حقُّهُ ، وإذا لَمْ يَثبُتْ علىٰ الأَصلِ . . لَمْ يَثبُتْ علىٰ الضامنِ .

والثاني : يُحكَمُ لهُ علىٰ الضامنِ ؛ لأَنَّ البيِّنةَ قد قامتْ عليهِ بذٰلكَ ، أَلا ترىٰ أَنَّها لو شَهِدتْ بأَنَّ لهُ عليهِ أَلفاً مِنْ جهةِ الضمانِ . . سُمعتْ ، فكذٰلكَ هٰذا مثلُهُ .

فرعٌ : [إيفاء الضامن بغير إذن] :

إذا ضَمِنَ الرجلُ لغيرِهِ ديناً ، وقضاهُ ، وٱدَّعىٰ الضامنُ علىٰ المضمونِ عنهُ : أَنَّهُ ضَمِنَ بإذنهِ وقضىٰ بإذنهِ ليَرجِعَ عليه ، وأَنكرَ المضمونُ عنهُ الإذنَ ، فإنْ أَقامَ الضامنُ بذٰلكَ بيِّنةً . . حُكِمَ لهُ بالرجوعِ علىٰ المضمونِ عنهُ ، وإنْ لَمْ يُقِمْ بيِّنةً . . فالقولُ قولُ المضمونِ عنهُ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ الإذنِ .

فرعٌ : [تعارض القولين ولا بيِّنة] :

فإنْ قالَ : تكفَّلتُ لكَ بِبَدنِ[1] فلانٍ مؤَجَّلاً ، فقالَ المكفولُ لهُ : بَلْ تكفَّلتَ بهِ

---

(١) في (م) : (بدين) .

معجَّلاً ، وأَقامَ كلٌّ واحدٍ منهما شاهداً واحداً بما قالَ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما الصيدلانيُّ :

أَحدُهما : لا يَلزمُهُ إلاَّ مؤَجَّلاً ؛ لأَنَّهُ لَمْ يُقِرَّ بغيرهِ .

والثاني : يَحلِفُ كلٌّ واحدٍ منهما معَ شاهدِهِ ، ويتعارضانِ ، ويَسقطانِ ، ويَبقىٰ الضمانُ معجَّلاً .

فرعٌ : [لا يبرأ الكفيل إلا ببينة أو يمين] :

إذا ادَّعىٰ الكفيلُ : أَنَّ المكفولَ بهِ بَرِىءَ مِنَ الحقِّ ، وأَنَّ الكفالةَ قد سَقطتْ ، وأَنكرَ ذٰلكَ المكفولُ لهُ ، ولَمْ تكنْ بيِّنةٌ . . فالقولُ قولُ المكفولِ لهُ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ بقاءُ الحقِّ لهُ ، فإذا حلَفَ . . ثبتتِ الكفالةُ لهُ ، وإنْ نكلَ ، فحلَفَ الكفيلُ . . بَرِىءَ الكفيلُ ، ولا يَبرَأُ المكفولُ بهِ مِنَ الحقِّ ؛ لأَنَّهُ لا يَبرَأُ بيمينِ غيرِهِ .

وإنْ قالَ الكفيلُ : تكفَّلتُ بهِ ، ولا حقَّ لكَ عليهِ . . فالقولُ قولُ المكفولِ لهُ ؛ لأَنَّ الظاهرَ صِحَّةُ الكفالةِ ، وهلْ يَحلِفُ ؟ قالَ أَبو العبّاسِ : فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَحلِفُ ؛ لأَنَّ دعوىٰ الكفيلِ تخالفُ ظاهرَ قولِهِ .

والثاني : يَحلِفُ ؛ لأَنَّ ما يدَّعيهِ الكفيلُ مُمكنٌ ، فإنْ حلَفَ . . فلا كلامَ ، وإنْ نكلَ . . رُدَّتِ اليمينُ علىٰ الكفيلِ ؛ لأَنَّهُ يجوزُ أَنْ يُعلَمَ أَنَّهُ لا حقَّ للمكفولِ لهُ بإقرارِهِ .

وباللهِ التوفيقُ

* * *



كِتَابُ الشَّرِكَةِ

كتاب الشركة(١)

الأَصلُ في جوازِ الشَّركةِ : الكتابُ ، والسنَّةُ ، والإجماعُ :

أَمَّا الكتابُ : فقولُهُ تعالىٰ : ﴿ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ ﴾ الآية [الأنفال : ٤١] . فجعلَ الخُمُسَ مشترَكاً بينَ أَهلِ الخُمُسِ ، وجَعلَ أَربعةَ أَخماسِ الغنيمةِ مشترَكةً بينَ الغانِمينَ .

وقولُهُ تعالىٰ : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾ [النساءُ : ١١] . فجعلَ الميراثَ مشترَكاً بينَ الأَولادِ .

وقولُهُ تعالىٰ : ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ ﴾ الآية [التوبة : ٦٠] . فجعلَ الصدقةَ مشترَكةً بينَ أَهلِ الأَصنافِ .

وقولُهُ تعالىٰ : ﴿ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ ٱلْخُلَطَآءِ لَيَبْغِى بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ ﴾ [ص : ٢٤] . (والخلطاءُ) : همُ الشركاءُ .

وأَمَّا السنَّةُ : فما رَوىٰ جابرٌ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَنْ كانَ لهُ شريكٌ في رَبْعٍ ، أَو

---

(١) الشركة ـ هي بكسر الشين وإسكان الراء ، وبفتح الشين مع كسر الراء وإسكانها ـ لغة : أصلٌ يدل علىٰ مقارنةٍ واختلاط وخلاف انفراد ، بأن يكون الشيء بين اثنين لا ينفرد به أحدهما ، يقال : شاركت فلاناً : إذا جعلتَه شريكاً لك ، ومنه قول الله جلّ ثناؤه في قصة موسىٰ عليه الصلاة والسلام : ﴿ وَأَشْرِكْهُ فِىٓ أَمْرِى ﴾ [طه : ٣٢] . ويقال في الدعاء : اللهم أشركنا في دعاء المؤمنين ، أي : اجعلنا لهم شركاء في ذٰلك . وشرعاً : ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر علىٰ جهة الشيوع . ومقصود الباب : الشركة التي تحدث بالاختيار لقصد التصرف وتحصيل الأرباح .

وهي أنواع : شركة أبدان ، وشركة مفاوضة ، وشركة وجوه ، وشركة عِنان وهي الصحيحة ، وأركانها خمسة : عاقدان ، ومعقود عليه ، وعمل ، وصيغة .

حائطٍ . . فلا يَبعهُ حتَّىٰ يُؤْذِنَ شَرِيْكَهُ ، فإِنْ رَضِيَ . . أَخَذَ ، وإِنْ كَرِهَ . . تَرَكَ »(١) .

ورُويَ عَنِ النبيِّ ﷺ : أَنَّهُ قالَ : « يَدُ اللهِ مَعَ ٱلشَّرِيْكَيْنِ مَا لَمْ يَتَخَاوَنَا »(٢) .

وقالَ ﷺ : « يَقُوْلُ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ : أَنَا ثَالِثُ ٱلشَّرِيْكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، فَإِذَا خَانَ أَحَدُهُمَا صاحبَهُ . . خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا »(٣) .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : يعني : خَرَجَتِ البركةُ .

---

(١) أخرجه من طرق عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما بألفاظ متقاربة أحمد في « المسند » (٣/ ٣٥٧) ، وبلفظه مسلم (١٦٠٨) في المساقاة ، باب : الشفعة ، والترمذي (١٣١٢) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٦٣٠٠) وفي « الصغرىٰ » (٤٧٠١) ، ونحوه في « الكبرىٰ » (٦٢٤٢) و(٦٢٩٩) وفي « الصغرىٰ » (٤٦٤٦) و(٤٧٠١) في البيوع . قال الترمذي ـ عن طريقه ـ : هٰذا حديث إسناده ليس بمتصل ، سمعت محمداً يقول : سليمان اليشكري ، يقال : إنه مات في حياة جابر بن عبد الله ، قال : ولم يسمع منه قتادة ولا أبو بشر .
ومن ألفاظه : « من كان له شريك في ربعة » ، و : « من كان له شريك في حائط . . فلا يبيع . . » ، و : « الشفعة في كل شرك ربعة أو حائط » ، و : « أيكم كانت له أرض أو نخل » ، و : (قضىٰ رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شرك) .

وفي الحديث : إجماع المسلمين علىٰ ثبوت الشفعة للشريك في العقار ما لم يقسم . والحكمة من ذٰلك : إزالة الضرر عن الشريك ، وخصت بالعقار ؛ لأنه أكثر الأنواع ضرراً . واتفقوا علىٰ أن لا شفعة في الحيوان والثياب والأمتعة وسائر المنقول . والخطاب عامٌّ يتناول المسلم وغيره ، فيثبت للذمي الشفعة علىٰ المسلم ، وهو قول الشافعي ، ومالك ، وأبي حنيفة ، والجمهور .

(٢) أخرجه من طريق يحيىٰ بن سعيد بن حيان التيمي الكوفي ، عن أبيه الدارقطني في « السنن » (٣/ ٣٥) في البيوع ، وهو ثقة ، وأبوه وثقه ابن حبان ، وفيه إرسال ، ولفظه : « يد الله علىٰ الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه » . ويدلُّ عليه الحديث الآتي متصلاً .

(٣) أخرجه عن أبي هريرة أبو داود (٣٣٨٣) ، والدارقطني في « السنن » (٣/ ٣٥) في البيوع ، والحاكم في « المستدرك » (٢/ ٥٢) ، وصححه ، ووافقه الذهبي ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٧٨) في الشركة ، وفيه لفظ : « إن الله يقول : أنا ثالث الشريكين » . قال عنه المحقق ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٦١) : رواه أبو داود بإسناد جيد ، وقال ابن الملقن في « خلاصة البدر المنير » (١٥٩٩) : قال الدارقطني في « علله » : إرساله هو الصواب ، وأعلّه ابن القطان بما بان أنه ليس بعلة . وقال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٥٦) : وفي الباب : عن حكيم بن حزام رواه أبو القاسم الأصبهاني في « الترغيب والترهيب » .

ورُويَ : (أَنَّ السائبَ قالَ : كانَ النبيُّ ﷺ شريكي ، فلمَّا كانَ بعدَ المبعثِ . أَتيتُ النبيَّ ﷺ ، فقلتُ : يا رسولَ اللهِ ، كنتَ شريكي ، فكنتَ خيرَ شريكٍ ، كنتَ لا تُداري ولا تُماري)[1] ، يعني : لا تُخالِفُ ولا تُنازِعُ ، مِنْ قولِهِ تعالىٰ : ﴿ فَادَّارَءْتُمْ فِيهَا ﴾ [البقرة : ٧٢] ، يعني : اختلفتمْ وتنازعتمْ .

وأَمّا الإجماعُ : فإنَّ أحداً منَ العلماءِ لَمْ يُخالِفْ في جوازِها[2] .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنَّ الشَّركةَ تَنقسمُ علىٰ ستّةِ أَقسامٍ :

شَرِكةٌ في الأَعيانِ والمنافعِ ، وشَرِكةٌ في الأَعيانِ دونَ المنافعِ ، وشَرِكةٌ في المنافعِ دونَ الأَعيانِ ، وشَرِكةٌ في المنافعِ المباحةِ ، وشَرِكةٌ في حقوقِ الأَبدانِ ، وشَرِكةٌ في حقوقِ الأَموالِ .

---

(١) أخرجه عن السائب بن أبي السائب أحمد في « المسند » (٣/ ٤٢٥) ، وأبو داود (٤٨٣٦) في الأدب ، والنسائي في « عمل اليوم والليلة » (٣١٢) ، وابن ماجه (٢٢٨٧) في التجارات ، والحاكم في « المستدرك » (٢/ ٦١) وصححه ، وجاء بلفظ : (مرحباً بأخي وشريكي لا يداري ولا يماري) .

قال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٥٦) : ورواه أبو نعيم في « المعرفة » ، والطبراني في « الكبير » من طريق قيس بن السائب ، وروي أيضاً عن عبد الله بن السائب ، قال أبو حاتم في « العلل » : وعبد الله ليس بالقويم . وفي الباب عن شركة الصحابة :

ما رواه عن البراء وزيد بن أرقم أحمد في « المسند » (٤/ ٣٧١) ، والبخاري (٢٠٦٠) و (٢٠٦١) في البيوع : بلفظ : كنا تاجرين علىٰ عهد رسول الله ﷺ ، فسألنا رسول الله ﷺ عن الصرف ، فقال : « إن كان يداً بيد . . فلا بأس ، وإن كان نسيئاً . . فلا يصلح » .

وأورد قبله في « الصحيح » موقوفاً عن قتادة : كان القوم يتبايعون ويتجرون ، ولكنهم إذا نابهم حقٌّ من حقوق الله . . لم تلههم تجارة ولا بيع عن ذكر الله حتىٰ يؤدوه إلىٰ الله تعالىٰ .

وأخرج عن ابن مسعود نحوه عند ابن أبي حاتم ، وعن سفيان الثوري [رواه أبو نعيم] في « الحلية » : كانوا يتبايعون ولا يدعون الصلوات المكتوبات في الجماعة . كما ذكره في « الفتح » (٤/ ٣٤٨) في البيوع . وسيأتي طرفه قريباً .

(٢) قال ابن المنذر في « الإشراف » (٢/ ١٤٨/أ) : وأجمعوا علىٰ جواز الشركة في الجملة ، وإنما اختلفوا في أنواع منها . وفي « الإفصاح » (٢/ ٢٥٦) : واتفقوا علىٰ أن الشركة جائزة من كل مُطلَق التصرف .

فأمَّا [**الأولىٰ**] ـ شَرِكةُ المنافعِ والأَعيانِ ـ : فهوَ : أَنْ يكونَ بينَ الرجلينِ ، أَو بينَ الجماعةِ أَرضٌ أَو عبيدٌ أَو بهائمُ ملكوها بالإِرثِ ، أَو بالبيعِ ، أَو بالهبةِ مُشاعاً .

وأَمَّا [**الثانيةُ**] ـ شَرِكةُ الأَعيانِ دونَ المنافعِ ـ : فَمِثلُ : أَنْ يوصيَ رجلٌ لرجلٍ بمنفعةِ عبدِهِ ، أَو دارِهِ ، فيموتَ ، ويُخلِّفَ جماعةً ورثةً . . فإِنَّ رَقَبَةَ العبدِ والدارَ تكونُ موروثةً للورثةِ دونَ المنفعةِ .

وأَمَّا [**الثالثةُ**] ـ الشَّرِكةُ في المنافعِ دونَ الأَعيانِ ـ : فَمِثلُ : أَنْ يوصيَ بمنفعةِ عبدِهِ لجماعةٍ ، أَو يَستأجرَ جماعةٌ عبداً .

وأَمَّا الوقفُ علىٰ جماعةٍ : فإِنْ قلنا : إِنَّ مِلكَ الرقبةِ إِلىٰ اللهِ . . كانتِ الشَّرِكةُ بينَهم في المنافعِ دونَ الأَعيانِ ، وإِنْ قلنا : إِنَّ المِلكَ ينتقلُ إِليهِمْ . . كانتِ الشَّرِكةُ بينَهمْ في المنافعِ والأَعيانِ .

وأَمَّا [**الرابعةُ**] ـ الشَّرِكةُ في المنافعِ المباحةِ ـ : فَمِثلُ : أَنْ يموتَ رجلٌ ، ولهُ ورثةٌ جماعةٌ ، ويخلِّفَ كلبَ صيدٍ ، أَو كلبَ ماشيةٍ أَو زرعٍ . . فإِنَّ المنفعةَ مشتركةٌ بينهمْ .

وأَمَّا [**الخامسةُ**] ـ الشَّرِكةُ في حقوقِ الأَبدانِ ـ : فهوَ : أَنْ يَرِثَ جماعةٌ قِصاصاً ، أَو حدَّ قذفٍ .

وأَمَّا [**السادسةُ**] ـ الشَّرِكةُ في حقوقِ الأَموالِ ـ : فهوَ : أَنْ يَرِثَ جماعةٌ الشُّفعةَ ، أَوِ الردَّ بالعيبِ ، أَو خيارَ الشرطِ ، أَو حقوقَ الرهنِ ، ومرافقَ الطُرُقِ .

مسأَلةٌ : [مشاركة غير المسلم] :

تجوزُ الشَّرِكةُ في التجارةِ ؛ لما رُوِيَ : أَنَّ البراءَ بنَ عازبٍ ، وزيدَ بنَ أَرقمَ رضيَ اللهُ عنهُما ، كانا شريكينِ ، فاشتريا فِضَّةً بنقدٍ ونسيئةٍ ، فَبلغَ ذٰلكَ رسولَ اللهِ ﷺ ، فأَمرهما ، وقالَ : « مَا كَانَ بِنَقْدٍ . . فَأَجِيْزُوْهُ ، وَمَا كَانَ بِنَسِيْئَةٍ . . فَرُدُّوْهُ »[1] .

---

(١) خبر البراء وزيد بن أرقم سلف قريباً ، وأخرجه البخاري (٢٤٩٧) و(٢٤٩٨) بلفظه في الشركة ، وطرفه أيضاً (٣٩٣٩) و(٣٩٤٠) في المناقب .

ويُكرهُ للمسلمِ أَنْ يُشارِكَ الكافرَ ، سواءٌ كانَ المسلمُ هوَ المتصرِّفُ ، أَوِ الكافرُ ، أَو هُما .

وقالَ الحسنُ رضيَ اللهُ عنهُ : إِنْ كانَ المسلمُ هوَ المتصرِّفُ . . لَمْ يُكرَهْ ، وإِنْ كانَ الكافرُ هوَ المتصرِّفُ ، أَو هُما . . كُرِهَ[1] .

دليلُنا : ما رُوِيَ عَنِ ٱبنِ عبّاسٍ رضيَ اللهُ عنهُما : أَنَّهُ قالَ : (أَكرَهُ أَنْ يُشارِكَ المسلمُ اليهوديَّ والنصرانيَّ)[2] . ولا مخالفَ لهُ .

ولأَنَّهُمْ لا يَمتنعونَ مِنَ الرِّبا ، ومِنْ بيعِ الخمورِ ، ولا يُؤمنُ أَنْ يكونَ مالُهُ الذي عَقَدَ عليهِ الشَّرِكةَ مِنْ ذٰلكَ ، فكُرِهَ . فإِنْ عَقَدَ الشَّرِكةَ معَهُ . . صحَّ ؛ لأَنَّ الظاهرَ ممَّا هوَ بأَيديهمْ أَنَّهُ مِلكُهُمْ ، و(قَدِ ٱقترضَ النبيُّ ﷺ مِنْ يهوديٍّ شعيراً ، ورَهنَهُ دِرعَهُ) .

مسأَلَةٌ : [الشركة في العروض] :

قالَ المزنيُّ : والذي يُشبِهُ قولَ الشافعيِّ رحمَهُ اللهُ : أَنَّهُ لا تَجوزُ الشَّرِكةُ في العُروضِ ، ولا فيما يَرجِعُ في حالِ المفاصلةِ إِلىٰ القِيَمِ ؛ لتغيُّرِ القيمِ .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّ عقدَ الشَّرِكةِ يَصِحُّ علىٰ الدراهمِ والدنانيرِ ؛ لأَنَّهما قيمُ المتلَفاتِ ، وثَمنُ الأَشياءِ غالباً ، وبهما تُعرَفُ قيمُ الأَموالِ ، وما يزيدُ فيها مِنَ الأَرباحِ ، وأَمَّا غيرُ النقودِ : فضربانِ :

ضربٌ لا مِثلَ لهُ ، وضربٌ لهُ مِثلٌ .

فأَمَّا ما لا مِثلَ لهُ ، كالثيابِ ، والحَيَوانِ ، وما أَشبهَهُما : فلا يَصِحُّ عقدُ الشَّرِكةِ عليهما ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ .

وقالَ مالكٌ : (يَصِحُّ عقدُ الشَّرِكةِ عليها ، ويكونُ رأسُ المالِ فيها قيمتَها) .

---

(١) أخرج أثر الحسن ابن أبي شيبة في « المصنف » (٦/٥) في البيوع ، باب : مشاركة اليهودي والنصراني ، وهو في « موسوعة فقه الحسن البصري » (٢/ ٥٥٠) .

(٢) أخرج خبر ابن عباس ابن أبي شيبة في « المصنف » (٦/٥) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٥/ ٣٣٥) في البيوع ، باب : كراهية مبايعة مَنْ أكثر ماله من الربا أو ثمن محرم .

دليلُنا : أَنَّ موضوعَ الشَّرِكةِ علىٰ أَنْ لا يَنفرِدَ أَحدُ الشريكينِ بربحِ مالِ أَحدِهما ، وهٰذهِ الشَّرِكةُ تُفضي إلىٰ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ قد تزيدُ قيمةُ عَرْضِ[1] أَحدِهما ، ولا تزيدُ قيمةُ عَرضِ الآخرِ ، فيشارِكُهُ مَنْ لَمْ تَزِدْ قيمةُ عَرضِهِ عندَ المفاصلةِ ، وهٰذا لا سبيلَ إليهِ ، فإِنْ كانَ لكلِّ واحدٍ منهما عبدٌ يساوي مئةً ، وأَرادا الشَّرِكةَ . . باعَ أَحدُهما نِصفَ عبدِهِ بنِصفِ عبدِ صاحبِهِ ، ثُمَّ يتقاصّانِ ، ويَأْذنُ كلُّ واحدٍ منهما لصاحبِهِ في التصرُّفِ ، وإِنْ كانتْ قيمةُ أَحدِهما مئتينِ ، وقيمةُ الآخرِ مئةً . . باعَ مَنْ قيمةُ عبدِهِ مئتانِ ثُلُثَ عبدِهِ بثُلُثَيْ عبدِ الآخرِ ، وإِنْ شاءا . . باعَ كلُّ واحدٍ منهما مِنْ صاحبِهِ بعضَ عَرْضِهِ بثَمَنٍ في ذمَّتهِ ، ثُمَّ تقاصَّا ، وإِنْ شاءَا . . ٱشتريا عَرْضاً مِنْ رجلٍ بثَمَنٍ في ذمَّتِهما ، ثُمَّ دفعا عَرضَيْهما عمَّا في ذمَّتِهما .

وأَمَّا ما لَهُ مِثلٌ ، كالحبوبِ ، والأَدهانِ : فهلْ يَصِحُّ عقدُ الشَّرِكةِ فيها ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجوزُ ، وهوَ ظاهرُ ما نقلَهُ المزنيُّ ؛ لأَنَّهُ قالَ : ولا فيما يَرجِعُ حالَ المفاصلةِ إلىٰ القِيمِ . وما لَهُ مِثلٌ . . لا يَرجِعُ إلىٰ قيمتِهِ ، ولأَنَّهما مالانِ إذا خُلِطا . . لَمْ يتميَّزْ أَحدُهما عَنِ الآخرِ ، فصحَّ عقدُ الشَّرِكةِ عليهما ، كالدراهمِ ، والدنانيرِ .

والثاني : لا يجوزُ ؛ لأَنَّ الشافعيَّ رحمَهُ اللهُ قالَ في « البويطيِّ » : (ولا تجوزُ الشَّرِكةُ في العُرُوضِ) . وما لَهُ مِثلٌ . . مِنَ العُروضِ ، ولأَنَّها شَرِكةٌ علىٰ عُروضٍ ، فلَمْ تَصِحَّ ، كالثيابِ ، والحَيَوانِ .

قالَ أَبو إِسحاقَ في « الشرحِ » : فإِذا قلنا : تَصِحُّ الشَّرِكةُ فيها ، فإِنْ كانتْ قيمتُهما سواءً . . أَخذَ كلُّ واحدٍ منهما مثلَ سلعته يومَ المفاصلةِ ، واقتسما ما بقيَ مِنَ الربحِ ، وإِنْ كانَتْ قيمتُهُما مختلفةً ، مثلَ : أن كانت حنطةُ أَحدِهما جيِّدةً ، وحنطةُ الآخرِ مسوَّسةً . . كانَ لكلِّ واحدٍ منهما قيمةُ حنطتهِ يومَ عقدِ الشَّرِكةِ ، وٱقتسما ما بقيَ مِنَ الرِّبحِ .

---

(١) العَرْض ـ يجمع علىٰ عُرُوض ، مثل : فلس وفلوس ـ : وهو الأمتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ، ولا تكون حيواناً ولا عقاراً .

فرعٌ : [اشتركا في سبيكتي فضة] :

قال الشيخُ أبو حامدٍ : فإنْ أخرجَ كلُّ واحدٍ منهما نُقرةَ[١] فِضَّةٍ ، وٱشتركا فيها ، فإنْ كانتا علىٰ صفةٍ لا تتميَّزانِ بعدَ الخَلطِ . . لَمْ يَصِحَّ عقدُ الشَّرِكةِ ؛ لمعنىً واحدٍ ، وهوَ أنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَرجِعُ عندَ المفاصلةِ إلىٰ القيمةِ ، فأشبهَ العُروضَ ، وإنْ كانتا متميِّزتينِ بعدَ الخَلطِ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِمَا ذكرناهُ ، ولأنَّهما مالانِ لا يَختلطانِ ، فشابهَ العبيدَ والثيابَ .

مسألةٌ : [أنواع الشَّرِكة] :

والشَّرِكةُ أربعةٌ :

شَرِكةُ العِنانِ[٢] ، وشَرِكةُ الأبدانِ ، وشَرِكةُ المفاوضةِ ، وشَرِكةُ الوجوهِ ، ولا يَصِحُّ مِنْ هٰذهِ الشَّرِكةِ **عندنا** ، إلاَّ شَرِكةُ العِنانِ ، وهوَ : أَنْ يُخرِجَ كلُّ واحدٍ منهما مالاً مِنْ جنسِ مالِ الآخَرِ ، وعلىٰ صفتهِ ، ويَخلِطا المالينِ ، ولا خلافَ في صِحَّةِ هٰذهِ الشَّرِكةِ ، وٱختلفَ الناسُ لِمَ سُمِّيتْ : شَرِكةَ العِنانِ :

فقيلَ : سُمِّيتْ : شَرِكةَ العِنانِ ؛ لظهورِها ، وهوَ أنَّهما ظَاهرا بإخراجِ المالينِ ، يقالُ عَنَّ الشيءُ إذا ظَهرَ ، ومنهُ قولُ ٱمرىءِ القيسِ :

فعَنَّ لنا سِربٌ كأَنَّ نِعاجَهُ عُذارىٰ دَوَارٍ في مُلاءٍ مُذَيَّلِ[٣]

وقيلَ : سُمِّيتْ : عِناناً ؛ لاشتراكِهما فيما يَعِنُّ مِنَ الرِّبحِ ، أي : فيما يَفضُلُ[٤] مِنَ الرِّبحِ ، يقالُ عَنَّ الشيءُ إذا عَرَضَ .

---

(١) **النُّقْرَةُ** : السبيكة ، والقطعة المذابة من الفضة ، وقبل الذوب هي تبرٌ .

(٢) **العِنان** ـ بكسر العين ، علىٰ المشهور ـ : من عنَّ الشيء : إذا عَرض وظهر .

(٣) البيت من بحر الطويل في « الديوان » (ص/ ٢٢) ، و« معجم مقاييس اللغة » (ص/ ٦٥١) ، و« العين » (٨/ ٥٧) ، و« اللسان » مادة (دور) و(عنن) .

(٤) في (م) : (يقصد) .

وقيلَ : سُمِّيتْ : عِناناً ، مِنَ المعانَنَةِ ، وهيَ المعارضةُ ، فكلُّ واحدٍ مِنَ الشريكينِ عارضَ شريكَهُ بِمثلِ مالِهِ .

وقيلَ : سُمِّيتْ بذٰلكَ ، مأخوذاً مِنْ عِنانِ دابَّتي الرهانِ ؛ لأنَّ الفارسَيْنِ إذا ٱستبقا . . تساوىٰ عِنانا فرسيهِما ، كذٰلكَ هٰذهِ الشَّرِكةُ مِنْ شأنِها أَنْ يتساوىٰ الشريكانِ فيها في المالِ والرِّبحِ .

وقيلَ : سُمِّيتْ : شَرِكةَ العِنانِ ، مأخوذاً مِنْ عِنانِ فرسي الرهانِ ، لجهةٍ أُخرىٰ ؛ لأنَّ الإنسانَ يَحبِسُ نفسَهُ في الشَّرِكةِ مِنَ التصرُّفِ بالمالِ في سائرِ الجهاتِ ، إلاَّ عَنِ الجهةِ التي يتَّفِقُ عليها الشريكانِ ، كما أَنَّ الإنسانَ يَحبِسُ الدابَّةَ إذا رَكِبَها بالعِنانِ عنِ السيرِ إلىٰ سائرِ الجهاتِ ، إلاَّ عَنِ الجهةِ التي يريدُها .

وقالَ أبو بكرٍ الرازيُّ : سُمِّيتْ بذٰلكَ ، مأخوذاً مِنَ العِنانِ ؛ لأَنَّ الإنسانَ يأخذُ عِنانَ الدابَّةِ بإحدىٰ يديهِ ، ويَحبِسُهُ عليها ، ويدُهُ الأُخرىٰ مرسلَةٌ ، يَتصرَّفُ بها كيفَ شاءَ ، كذٰلكَ هٰذهِ الشَّرِكةُ كلُّ واحدٍ مِنَ الشَّريكينِ بعضُ مالِهِ مقصورٌ عَنِ التصرُّفِ فيهِ مِنْ جهةِ الشَّرِكةِ ، وبعضُ مالِهِ يتصرَّفُ فيهِ كيفَ شاءَ .

مسأَلةٌ : [في صحة الشركة] :

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ : (والشَّرِكةُ الصحيحةُ : أَنْ يُخرِجَ كلُّ واحدٍ مِنَ الشَّريكينِ دنانيرَ ، مثلَ دنانيرِ صاحبهِ ، ويَخلِطاها ، فيكونا شريكينِ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّ مِنْ شرطِ صِحَّةِ شَرِكةِ العِنان ، أَنْ يكونَ مالُهما المشترَكُ بينَهما مِنْ جنسٍ واحدٍ ، وسِكَّةٍ واحدةٍ ، فإنْ كانَ مالُ أَحدِهما دراهمَ ، ومالُ الآخَرِ دنانيرَ ، أَو كانَ مالُ أَحدِهما مَلَكيَّةً ، ومالُ الآخَرِ مشرقيَّةً[1] أَو مغربيَّةً[2] ، أَو كانَ مالُ أَحدِهما

---

(١) في (م) : (نَصافية) .

(٢) في (م) : (عبدية) . قال في « المصباح » : كانت الدراهم في الجاهلية مختلفة ، فكان بعضها خفافاً ، وهي الطبرية ـ طبرية الشام ـ : كل درهم منها أربعة دوانق ، وبعضها ثقالاً ، وتسمَّىٰ العبدية : كل درهم ثمانية دوانق ، وقيل : البغلية نسبة لملك يقال له : رأس البغل ، =

صِحَاحاً ، ومالُ الآخرِ مُكَسَّراً . . لَمْ تَصِحَّ شَرِكةُ العِنانِ . وقالَ أَبو حنيفةَ : (تَصِحُّ) .

دليلُنا : أَنَّهما مالانِ مختلفانِ ، فوَجبَ أَنْ لا يَنعقِدَ عليهما عقدُ الشَّرِكةِ ، كما لو كانَ مالُ أَحدِهما حِنطةً ، ومالُ الآخرِ شعيراً .

فإِنْ خالفا ، وأَخرجَ أَحدُهما عشرةَ دنانيرَ ، والآخَرُ عَشَرةَ دراهمَ ، وخَلَطا ذٰلكَ ، وٱبتاعا بهِ متاعاً . . فإِنَّ ذٰلكَ يكونُ مِلكاً لهما علىٰ قدرِ مالِهما ، فإِنْ كانَ نقدُ البَلدِ دنانيرَ . . قُوِّمتِ الدراهمُ ، فإِنْ كانتْ قيمتُها خمسةَ دنانيرَ . . كانَ لصاحبِ الدنانيرِ ثُلُثا المتاعِ ، ولصاحبِ الدراهمِ ثُلُثُهُ ، وكذٰلكَ يُقسَمُ الرِّبحُ والخُسرانُ بينَهما ، وإِنْ كانَ نقدُ البَلدِ مِنْ غيرِ جنسِ ما أَخرجاهُ . . قُوِّمَ ما أَخرجَ كلُّ واحدٍ منهما بنقدِ البَلدِ ، فإِنْ تساويا . . كانَ ذٰلكَ بينَهما نِصفينِ ، وإِنْ تفاضلا . . كانَ الحُكمُ في مِلكِ المتاعِ لهما كذٰلكَ .

ولا تَصِحُّ الشَّرِكةُ حتَّىٰ يَخلِطا المالينِ ، ثُمَّ يقولا : تَشاركْنا ، أَوِ ٱشتركْنا ، فإِنْ عقدا الشَّرِكةَ قَبلَ خَلطِ المالينِ . . لَمْ تَصِحَّ .

وقالَ أَبو حنيفةَ رحمَهُ اللهُ : (تَصِحُّ الشَّرِكةُ وإِنْ لَمْ يَخلِطا المالينِ ، بَلْ مالُ كلِّ واحدٍ منهما بيدِهِ يَتصرَّفُ فيهِ كيفَ شاءَ ، ويشتركانِ في الرِّبحِ) .

وقالَ مالكٌ رحمةُ اللهِ عليهِ : (مِنْ شَرطِ صحَّةِ عَقدِ الشَّرِكةِ أَنْ تكونَ أَيديهما علىٰ المالينِ أَو يدُ وكيلِهما وإِنْ لَمْ يكونا مخلوطينِ) .

دليلُنا : أَنَّهما مالانِ يَتميَّزُ أَحدُهما عَنِ الآخرِ ، فَلَمْ تَصِحَّ الشَّرِكةُ عليهما ، كما لو كانا حِنطةً وشعيراً ، أَو كما لو لَمْ تكنْ أَيديهما علىٰ المالينِ ، ولأَنَّا لو صحَّحْنا عقدَ الشَّرِكةِ قَبلَ الخَلطِ . . لأَدَّىٰ إِلىٰ أَنْ يأخذَ أَحدُهما رِبحَ مالِ الآخرِ ؛ لأَنَّهُ قدْ يُربَحُ بمالِ أَحدِهما دونَ الآخرِ .

وهلْ مِنْ شَرطِ صِحَّةِ هٰذهِ الشَّرِكةِ أَنْ يتساويا في قدرِ مالَيهما ؟ فيهِ وجهانِ :

= فجمع الخفيف والثقيل ، فجعلا درهمين متساويين ، فجاء كل درهم ستة دوانق . . . . والمراد ـ والله أعلم ـ أن تكون العُملة أو النقد الذي يتعامل به معروفاً بين المتشاركين والمتعاملين ، كالليرة ، والدرهم ، والدينار ، والريال ، والجنيه مع كونه منسوباً لبلده ؛ لرفع الجهالة .

[أَحدُهما] : قال أَبو القاسمِ الأَنماطيُّ : لا تَصِحُّ حتَّىٰ يتساويا في قدْرِ ماليهِما ، فإِنْ كانَ مالُ أَحدِهما عشرَةَ دنانيرَ ، ومالُ الآخرِ خمسةً . . لَمْ تَصِحَّ ؛ لأَنَّ الشافعيَّ رحمَهُ اللهُ شَرطَ أَنْ يُخرِجَ أَحدُهما مِثلَ ما يُخرِجُ الآخَرُ ، ولأَنَّهما إذا تفاضلا في المالِ . . فلا بدَّ أَنْ يتفاضلا في الرِّبحِ ؛ لأَنَّ الرِّبحَ علىٰ قدْرِ المالينِ ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يتفاضلا في الرِّبحِ معَ تساويهِما في العَملِ ، كما لا يجوزُ أَنْ يتساويا في المالِ ، ويتفاضلا في الرِّبحِ معَ تساويهما في العَملِ ، فكذٰلكَ هاهُنا .

و[الثاني] : **قالَ عامَّةُ أَصحابِنا** : تَصِحُّ الشَّرِكةُ وإِنْ كانا متفاضلينِ في المالينِ ؛ لأَنَّ المقصودَ[1] في الشَّرِكةِ أَنْ يَشترِكا في رِبحِ ماليهِما ، وذٰلكَ يمكنُ معَ تفاضلِ المالينِ ، كما يمكنُ معَ تساويهِما ، وما قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ . . فأَرادَ بهِ المِثلَ مِنْ جهةِ الجنسِ والسِّكَّةِ ، لا مِنْ جهةِ القدرِ ، وأَمَّا اعتبارُ الرِّبحِ بالعَملِ : فغيرُ صحيحٍ ؛ لأَنَّ عَملَ الشريكينِ في مالِ الشَّرِكةِ لا تأثيرَ لهُ ؛ لأَنَّهُ تابعٌ ، وقد يَعملُ أَحدُهما في مالِ الشَّرِكةِ أَكثرَ مِنْ عَملِ الآخَرِ معَ استوائِهما في المالِ ، وقد يعملُ أَحدُهما في مالِ الشَّرِكة ، وحدَهُ مِنْ غيرِ شَرطٍ في العقدِ ، ويَصِحُّ ذٰلكَ كلُّهُ ، ولا يؤثِّرُ في الرِّبحِ .

فرعٌ : [التصرف بمال الشركة] :

وإِذا عقدا الشَّرِكةَ علىٰ مالٍ لهما نِصفينِ . . فإِنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَملِكُ التصرُّفَ في نِصفِ المالِ مُشاعاً مِنْ غيرِ إِذنِ شريكهِ ؛ لأَنَّهُ مَلكَهُ ، وهلْ لهُ أَنْ يتصرَّفَ في النِّصفِ الآخَرِ مِنْ غيرِ إِذنِ شريكهِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٢٨٨] :

أَحدُهما : يَملِكُ ذٰلكَ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ؛ لأَنَّ هٰذا مقتضىٰ عقدِ الشَّرِكةِ ، فَلَمْ يَحتَجْ إِلىٰ إِذنِ الآخَرِ ، كما لو عَقَدَ القِراضَ علىٰ مالٍ لهُ .

والثاني ـ وهوَ طريقةُ البغداديِّينَ مِنْ أَصحابِنا ـ : أَنَّهُ لا يَملِكُ ذٰلكَ مِنْ غيرِ إِذنِ شريكهِ ؛ لأَنَّ المقصودَ مِنَ الشَّرِكةِ هوَ أَنْ يَشترِكا في ربحِ ماليهِما ، وذٰلكَ يقتضي التوكيلَ مِنْ كلِّ واحدٍ منهما لصاحبهِ .

---

(١) في (م) : (المعهود) .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنْ أَذِنَ كلُّ واحدٍ منهما لصاحبهِ في التصرُّفِ بنصيبهِ. . تَصرَّفَ كلُّ واحدٍ منهما بجميعِ مالِ الشَّركةِ ، وإنْ أَذِنَ أَحدُهما لصاحبهِ دونَ الآخَرِ. . صحَّ تصرُّفُ المأذونِ لهُ في جميعِ المالِ ، ولا يتصرَّفُ مَنْ لَمْ يُؤْذَنْ لهُ إلاَّ في نِصفهِ مُشاعاً ، ولا يَتَّجرُ المأْذونُ لهُ في نصيبِ شريكهِ إلاَّ في النَّوعِ المأْذونِ لهُ فيهِ مِنَ الأَمتعةِ ، سواءٌ كانَ يَعُمُّ وجودُهُ أَو لا يَعُمُّ وجودُهُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ توكيلٌ ، وللإنسانِ أَنْ يوكِّلَ غيرَهُ يَشتريَ لهُ نوعاً مِنَ الأَمتعةِ وإنْ لَمْ يكنْ عامَّ الوجودِ ، بخلافِ القِراضِ ، فإنَّ المقصودَ منهُ الرِّبحُ ، وذٰلكَ لا يَحصُلُ إلاَّ في الإذنِ بالتجارةِ فيما يعُمُّ وجودُهُ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وإنْ أَذِنَ لهُ أَنْ يتَّجِرَ في جميعِ التجاراتِ. . جازَ ذٰلكَ أَيضاً ، ولا يبيعُ المأذونُ لهُ نصيبَ شريكهِ إلاَّ بنقدِ البلدِ حالاًّ بثَمَنِ المِثلِ ، كما نقولُ في الوكيلِ .

فرعٌ : [قسمة الربح والخسران علىٰ قدر المالين] :

وإذا ٱشتركَ الرجلانِ ، وتصرَّفا ، فإنْ رَبِحا. . قُسِمَ الرِّبحُ بينَهما أَو الخُسرانُ علىٰ قدرِ المالينِ ، سواءٌ شَرطا ذٰلكَ في العقدِ ، أَو أَطلقا ؛ لأَنَّ هٰذا مقتضىٰ الشَّركةِ ، وإنْ شَرطا التفاضلَ في الرِّبحِ أَو الخُسرانِ معَ تساوي المالينِ ، أَو شَرطا التساويَ في الرِّبحِ أَو الخسرانِ معَ تفاضلِ المالينِ. . لَمْ يَصِحَّ هٰذا الشرطُ . وقالَ أَبو حنيفةَ : (يَصِحُّ) .

دليلُنا : أَنَّهُ شَرطٌ ينافي مقتضىٰ الشَّركةِ ، فَلَمْ يَصِحَّ كما لو شَرطا الرِّبحَ لأَحدِهما ، فإنْ تصرَّفا معَ هٰذا الشرطِ. . صحَّ تصرُّفهما ؛ لأَنَّ الشرطَ لا يُسقِطُ الإذنَ ، فإنْ رَبِحا أَو خَسِرا. . قُسِمَ الرِّبحُ والخُسرانُ علىٰ قدرِ ماليهما ؛ لأَنَّهُ مستفادٌ بمالِهما ، فكانَ علىٰ قَدرِهما ، كما لو كانَ بينَهما نخيلٌ ، فأَثمرتْ ، ويَرجِعُ كلُّ واحدٍ منهما علىٰ صاحبهِ بأُجرةِ عَملِهِ في مالهِ ؛ لأَنَّهُ إنَّما عَمِلَ بشرطٍ ، ولَمْ يَسلَمْ لهُ الشرطُ .

فرعٌ : [طلبُ العامل في الشركة أجرة عمله] :

إذا كانَ بينَ رجلينِ ثلاثةُ آلافِ درهَمٍ ، لأَحدِهما أَلفٌ ، وللآخرِ أَلفانِ ، وعَقَدا الشَّركةَ علىٰ أَنْ يكونَ الرِّبحُ بينَهما نِصفينِ ، فإنْ شَرطَ صاحبُ الأَلفينِ علىٰ نفسهِ شيئاً مِنَ العَملِ. . كانتِ الشَّركةُ فاسدةً ، فإذا عَمِلا. . قُسِمَ الرِّبحُ والخُسرانُ بينَهما علىٰ قدرِ

مالَيهما ، ويَرجِعُ كلُّ واحدٍ علىٰ صاحبهِ بأُجرةِ عَملهِ في مالهِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ رحمَهُ اللهُ : (الشَّرِكةُ فاسدةٌ ، ولا يَرجِعُ أَحدُهما علىٰ الآخَرِ بأُجرةِ عَملهِ في مالهِ) .

دليلُنا : أَنَّهُ عقدٌ يُبتغىٰ بهِ الرِّبحُ في ثاني الحالِ ، فإذا كانَ فاسداً . . ٱستحقَّ أُجرةَ عَملهِ فيهِ ، كالقِراضِ .

فإنْ عَمِلَ صاحبُ الأَلفينِ علىٰ مالِ الشَّرِكةِ عملاً أُجرتُهُ ثلاثُ مئةٍ ، وعَمِلَ صاحبُ الأَلفِ علىٰ مالِ الشَّرِكةِ عملاً أُجرتُهُ مئةٌ وخمسونَ . . فإنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَستحِقُّ علىٰ شريكهِ مِئةً ، فيتقاصّانِ[1] .

وإنْ عَمِلَ صاحبُ الأَلفِ علىٰ مالِ الشَّرِكةِ عملاً أُجرتُهُ ثلاثُ مئةٍ ، وعَمِلَ صاحبُ الأَلفينِ علىٰ مالِ الشَّرِكةِ عملاً أُجرتُهُ مئةٌ وخمسونَ . . فإنَّ صاحبَ الأَلفِ يَستحِقُّ علىٰ صاحبِ الأَلفينِ مئتينِ ، ويَستحِقُّ عليهِ صاحبُ الأَلفينِ خمسينَ ، فيُقاصُّهُ بها ، ويبقىٰ لصاحبِ الأَلفِ علىٰ صاحبِ الأَلفينِ مئةٌ وخمسونَ .

وإنْ عَمِلَ كلُّ واحدٍ منهما علىٰ مالِ الشَّرِكةِ عملاً أُجرتُهُ مئةٌ وخمسونَ . . فإنَّ صاحبَ الأَلفِ يَستحِقُّ علىٰ صاحبِ الأَلفينِ مئةً ، ويَستحِقُّ صاحبُ الأَلفينِ عليهِ خمسينَ ، فيُقاصُّهُ بها ، ويبقىٰ لصاحبِ الأَلفِ علىٰ صاحبِ الأَلفينِ خمسونَ .

وإنْ شَرَطَ صاحبُ الأَلفينِ جميعَ العَملِ علىٰ صاحبِ الأَلفِ ، وشَرطَ لهُ نِصفَ

---

(١) صورة ذٰلك : أن مجموع رأس المال ثلاثة آلاف ، وأجرة العمل تقدر بأربع مئة وخمسين ، فيجب علىٰ صاحب الألفين ثلثا الأجرة ، وهي ثلاث مئة ، وعلىٰ صاحب الألف ثلث الأجرة ، وهي مئة وخمسون ليرة .

فإذا قسطنا مدفوع الأجرة علىٰ المالين من كليهما . . كان علىٰ صاحب الألفين ثلثا المبلغ الذي دفعه ، وهو مئتان ، وعلىٰ شريكه صاحب الألف مئة . ويجب علىٰ صاحب الألف مما دفعه ثلثٌ ، وهو خمسون ، فيرجع علىٰ شريكه صاحب الألفين بمئة . فإذا كان لصاحب الألفين مئة علىٰ صاحبه ، ولصاحب الألف مئة علىٰ صاحبه ، فهاهنا يتقاصّان ، فكلٌّ منهما يسقط حقَّ مطالبة صاحبه ، لأنَّ لهٰذا علىٰ هٰذا مئة ، ولهٰذا علىٰ الآخر مئة . وهكذا القول في المسائل الآتية عند المؤلف رحمه الله تعالىٰ .

الرِّبحِ . . فإِنَّ هٰذهِ شَرِكةٌ صحيحةٌ ، وقِراضٌ صحيحٌ ؛ لأَنَّ صاحبَ الأَلفِ يَستحِقُّ ثُلُثَ الرِّبحِ بالشَّرِكةِ ؛ لأَنَّ لهُ ثُلُثَ المالِ ، ولصاحبِ الأَلفينِ ثُلُثا الرِّبحِ ، فلمَّا شَرطَ جميعَ العَملِ علىٰ صاحبِ الأَلفِ ، وشَرَطَ لهُ نِصفَ الرِّبحِ . . فقد شَرطَ لعملِهِ سُدُسَ الرِّبحِ ، فجازَ ، كما لو قارضَهُ علىٰ سُدُسِ الرِّبحِ .

فإِنْ قيلَ : كيفَ صحَّ عقدُ القِراضِ علىٰ مالٍ مُشاعٍ ؟

قلنا : إِنَّما صحَّ ؛ لأَنَّ الإِشاعةَ معَ العاملِ ، فلا يتعذَّرُ تصرُّفُهُ ، وإِنَّما لا يَصِحُّ إِذا كانتِ الإِشاعةُ في رأسِ المالِ مَعَ غيرِهِ ؛ لأَنَّهُ لا يتمكَّنُ مِنَ التصرُّفِ .

فرعٌ : [عَمَلُ الشريك من غير اشتراط عوض تبرعٌ] :

وإِنْ كانَ بينَ رجلينِ أَلفا درهَمٍ ، لكلِّ واحدٍ منهما أَلفٌ ، فأَذِنَ أَحدُهما لصاحبِهِ أَنْ يعملَ في ذٰلكَ ، ويكونَ الرِّبحُ بينَهما نِصفينِ . . فإِنَّ هٰذا ليسَ بشَرِكَةٍ ولا قِراضٍ ؛ لأَنَّ مقتضىٰ الشَّرِكةِ : أَنْ يَشتركا في العَملِ والرِّبحِ ، ومقتضىٰ القِراضِ : أَنَّ للعاملِ نصيباً مِنَ الرِّبحِ ، ولَمْ يَشتَرِطْ لهُ هاهُنا شيئاً .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فعَمِلَ ، ورَبِحَ . . كانَ الرِّبحُ بينَهما نِصفينِ ؛ لأَنَّهُ نماءُ مالِهِما .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : ولا يَستحِقُّ العاملُ بعملِهِ في مالِ شريكِهِ[1] أُجرةً ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَشترِط لنفسِهِ عِوَضاً ، فكانَ عَمَلُهُ تبرُّعاً .

مسأَلةٌ : [شركة الأبدان] :

وأَمَّا شَرِكةُ الأَبدانِ : فهيَ أَنْ يَعقِدَ خيّاطانِ أَو صبّاغانِ علىٰ أَنَّ ما كسبَ كلُّ واحدٍ منهما يكونُ بينَهما . . فهيَ شَرِكةٌ باطلةٌ ، سواءٌ ٱتَّفقتْ صَنعتاهُما ، أَوِ ٱختلفتا .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : ومِنْ أَصحابِنا مَن قالَ : للشافعيِّ رحمَهُ اللهُ قولٌ آخَرُ : (أَنَّ هٰذهِ الشَّرِكةَ جائزةٌ) ؛ لأَنَّهُ قالَ : (لو أَقرَّ أَحدُ الشَّريكينِ علىٰ صاحبِهِ بمالٍ . . لَمْ يُقبلْ ، سواءٌ كانا شريكينِ في المالِ أَو في العملِ) .

---

(١) في (م) : (الشركة) .

وقالَ أَكثرُهمْ : ليسَ بقولٍ لهُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ لا يَتضمَّنُ صِحَّةَ الشَّرِكةِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (تَصِحُّ الشَّرِكةُ فيما يُضَمَّنُ بالعقدِ ، كالصنائعِ كلِّها ، مثلِ : الخياطةِ ، والصباغةِ ، سواءٌ ٱتَّفقتا أَوِ ٱختلفتا ، فأَمَّا ما لا يُضَمَّنُ بالعقدِ ، كالاصطيادِ ، والاحتطابِ ، والاحتشاشِ ، والاغتنامِ . فلا يَصِحُّ عقدُ الشَّرِكةِ عليهِ) .

وقالَ مالكٌ : (تَصِحُّ الشَّرِكةُ إِذا ٱتَّفقتْ صنعتاهُما ، ولا تَصِحُّ إِذا ٱختلفتا) .

وقالَ أَحمدُ : (تَصِحُّ شَرِكةُ الأَبدانِ في الصِّنَعِ[1] كلِّها ، وفي جميعِ الأَشياءِ المباحةِ ، كالاصطيادِ ، والاحتشاشِ ، والاغتنامِ) .

دليلُنا : ما رُويَ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ نَهىٰ عَنِ الغررِ) . وفي هٰذهِ الشَّرِكةِ غَرَرٌ ؛ لأَنَّهُ لا يُدرىٰ كم يَكسِبُ كلُّ واحدٍ مِنهما ، ولأَنَّهما عَقَدا الشَّرِكةَ علىٰ أَنْ يدخلَ كلُّ واحدٍ منهما في كسبِ صاحبهِ ، فلَمْ يَصِحَّ ، كما لوِ ٱشتركا فيما يكتسبانِ بالاصطيادِ ، والاحتشاشِ ، ولأَنَّهما عَقَدا الشَّرِكةَ علىٰ منافعِ أَعيانٍ متميِّزةٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كما لوِ ٱشتركا في الغنمِ علىٰ أَنْ يكونَ الدَّرُّ والنسْلُ بينهما ، فإِنْ عَمِلا ، وكَسَبا . ٱختصَّ كلُّ واحدٍ منهما بأُجرةِ عملِهِ ؛ لأَنَّهُ بدَلُ عملهِ ، فٱختصَّ بهِ .

مسأَلةٌ : [شركة المفاوضة] :

وأَمَّا شَرِكةُ المفاوضةِ : فهيَ باطلةٌ **عندنا** ، وصفتُها : أَنْ يَشترِطا أَنْ يكونَ ما يَملِكانِ مِنَ المالِ بينَهما ، وأَنْ يَضمَنَ كلُّ واحدٍ منهما ما يجبُ علىٰ الآخَرِ بغصبٍ ، أَو بيعٍ ، أَو ضمانٍ .

قالَ الشافعيُّ في « ٱختلافِ العراقيِّينَ » : (لا أَعلمُ في الدنيا شيئاً باطلاً إِنْ لَمْ تكنْ شَرِكةُ المفاوضةِ باطلةً ، ولا أَعلمُ القِمارَ إِلاَّ هٰذا ، أَو قَلَّ منهُ) .

---

(١) الصِّنَعُ ـ لعلها جمع صناعة ـ كالصنائع ، لكن قال ابن فارس في « معجم مقاييس اللغة » (ص/٥٧٨) : وممَّا شَذَّ عن هٰذا الأصل الصِّنع ، يقال : إنه السَّفُّود ـ وهو قضيب من حديد يشوىٰ به اللحم ـ قال المرار ـ من بحر المتقارب ـ :

وجـاءتْ وركبـانُهـا كـٱلشُّـروبِ ... وسـائقهـا مِثـلُ صِنْـعِ ٱلشـواء

وقالَ أَبو حنيفةَ ، والثوريُّ ، والأَوزاعيُّ : (شَرِكةُ المفاوضة صحيحةٌ) ، إلاَّ أَنَّ أَبا حنيفةَ يقولُ : (مِنْ شَرطِ صِحَّتِها : أَنْ يُخرِجَ كلُّ واحدٍ منهما جميعَ ما يَملِكُهُ مِنَ الذهبِ والفضَّةِ ، حتَّىٰ لو أَنَّ أَحدَهما ٱستثنىٰ ممَّا يَملِكهُ درهماً . . لَمْ تَصِحَّ الشَّرِكةُ ، ويكونَ مالُ أَحدِهما مثلَ مالِ صاحبِهِ ، ويكونا حُرَّينِ بالغَينِ مسلمَينِ ، ولا تَصِحُّ بينَ مسلمٍ وذِمِّيٍّ ، ولا بينَ ذمِّيَّينِ ، ولا بينَ حُرٍّ وعَبدٍ ، فإذا وُجِدتْ هٰذهِ الشَّرِكةُ . . تَضمَّنتِ الوكالةَ والكفالةَ .

فأَمَّا الوكالةُ : فهوَ أَنْ يشاركَ كلُّ واحدٍ منهما صاحبَهُ في الكَسْبِ ، وفيما يوهَبُ لهُ ، وفي الكَنزِ الذي يَجِدهُ ، وفي جميعِ ما يَكسِبُهُ ، إلاَّ الاصطيادَ والاحتشاشَ ، فإنَّهما ينفردانِ بهِ ، وأَمَّا الميراثُ : فإنَّهما لا يشتركانِ فيهِ ، فإذا وَرِثَ أَحدُهما . . نُظِرَ فيهِ :

فإنْ كانَ عَرْضاً . . لَمْ يَصِرْ[1] للشَّرِكةِ .

وإنْ كانَ ذهباً أَو فضَّةً ، فما لَمْ يَقبِضْهُ . . فالشَّرِكةُ بحالِها ، وإنْ قَبَضَهُ . . بَطَلتِ الشَّرِكةُ ؛ لأَنَّهُ قدْ صارَ مالُهُ أَكثرَ مِنْ مالِ الآخرِ .

وأَمَّا الكفالةُ : فإنَّ كلَّ ما يَلزمُ أَحدَهما بإقرارٍ ، أَو غصبٍ ، أَو ضمانٍ ، أَو عُهدةٍ . . فإنَّ صاحبَهُ يشاركهُ فيهِ ، إلاَّ أَرشَ الجنايةِ) .

دليلُنا : ما رُويَ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ نهىٰ عَنِ الغررِ) . وهٰذا غررٌ ، والنهيُ يقتضي فسادَ المنهيِّ عنهُ .

ولأَنَّها شَرِكةٌ لا تَصِحُّ معَ المفاضَلةِ ، فَلَمْ تَصِحَّ معَ المساواةِ ، كالشَّرِكةِ في العُروضِ ، وعكسُهُ شَرِكةُ العِنانِ .

ولأَنَّهما عَقَدا الشَّرِكةَ علىٰ أَنْ يشاركَ كلُّ واحدٍ منهما الآخرَ فيما يَختصُّ بسببهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كما لو عَقَدا الشَّرِكةَ علىٰ ما يَملِكانِ بالإرثِ ، أَو نقولُ : شَرِكةٌ علىٰ أَنْ يَضمَنَ كلُّ واحدٍ منهما ما يجبُ علىٰ الآخرِ بعُدْوَانِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كما لو عقدا الشَّرِكةَ علىٰ أَنْ يَضمَنَ كلُّ واحدٍ منهما ما يجبُ علىٰ كلِّ واحدٍ منهما بالجنايةِ .

---

(١) في نسخة : (يضمن) .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنْ كسَبا . . ٱختصَّ كلُّ واحدٍ منهما بِملكِ ما كسَبَهُ ، ووَجبَ عليهِ ضَمانُ ما أَتلفهُ أَو غَصَبهُ ؛ لأَنَّ وُجودَ هٰذا العقدِ بمنزلةِ عدمهِ .

مسأَلةٌ : [شركة الوجوه] :

وأَمَّا شَرِكةُ الوُجوهِ : فهيَ باطلةٌ **عندنا** ، وهيَ : أَنْ يتَّفقا علىٰ أَنْ يشتريَ كلُّ واحدٍ منهما بوجهِهِ ، ويكونَ ذٰلكَ شَرِكةً بينَهما وإِنْ لَمْ يذكُرْ شَريكَهُ عندَ الشراءِ ، ولا نواهُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (تَصِحُ) .

دليلُنا : أَنَّ ما يَشتريهِ كلُّ واحدٍ منهما مِلكٌ لهُ ، فلا يشاركهُ غيرُهُ فيهِ ، فإِنْ أَذِنَ أَحدُهما لصاحبِهِ أَنْ يشتريَ لهُ عيناً معيَّنةً ، أَو موصُوفةً ، وبيَّنَ لهُ الثَّمَنَ ، فٱشترىٰ لهُ ، ونواهُ عندَ الشراءِ . . كانَ ذٰلكَ للآمرِ .

فرعٌ : [شركة الأزواد في السفر] :

حكىٰ الصيمريُّ : أَنَّ الشافعيَّ قالَ : (شَرِكةُ الأَزوادِ في السفرِ سنَّةٌ ، فعلَهُ رسولُ اللهِ ﷺ[1] ، وأَصحابُهُ[2] ، وليسَ مِنْ بابِ الرِّبا بسبيلٍ ، فيَخلِطُ هٰذا طعامَهُ

---

(١) أخرج قصة فعله ﷺ ذلك عن سلمة رضي الله عنه البخاري (٢٤٨٤) في الشركة ، قال : خفَّتْ أزوادُ القوم ، وأملقوا ، فأتوا النبي ﷺ في نحر إبلهم ، فأذن لهم ، فلقيهم عمر ، فأخبروه ، فقال : ما بقاؤكم بعد إبلكم ؟ فدخل علىٰ النبي ﷺ ، فقال : يا رسول الله ، ما بقاؤهم بعد إبلهم ؟ فقال رسول الله ﷺ : « نادِ في الناس يأتون بفضل أزوادهم » ، فبُسط لذلك نطع ، وجعلوه علىٰ النطع ، فقام رسول الله ﷺ ، فدعا ، وبرَّك ، ثم دعاهم بأوعيتهم ، فاحتثىٰ الناس حتىٰ فرغوا ، ثم قال رسول الله ﷺ : « أشهد أن لا إلـٰه إلا الله ، وأني رسول الله » .

ونحوه عن أبي هريرة رضي الله عنه رواه مسلم (٢٧) في الإيمان .

أملقوا : افتقروا وفني زادهم . **برَّك** : أي دعا بالبركة . **احتثىٰ** : مأخوذ من الحثي ، وهو الأخذ بالكفين .

(٢) أخرج خبر الصحابة عن أبي موسىٰ البخاري (٢٤٨٦) في الشركة ، ومسلم (٢٥٠٠) في فضائل الصحابة ، بلفظ : « إن الأشعريين إذا أرملوا في الغزو ، أو قلَّ طعام عيالهم بالمدينة . . جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد ، ثم اقتسموا بينهم في إناء واحد بالسوية ، فهم مني وأنا=

بطعامِ غيرِهِ جنساً ، وجنسينِ ، وأقلَّ ، وأكثرَ ، ويأكلانِ ، ولا ربا في ذٰلكَ ، ونحو هٰذا ٱشتراكُ الجيشِ في الطعامِ في دارِ الحربِ) .

مسألةٌ : [صورة شركة غير صحيحة] :

قالَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ في « البويطيِّ » : (إذا ٱشتركَ أربعةُ أنفسٍ في الزراعةِ ، فأخرجَ أحدُهمُ البَذرَ ، ومِنَ الثاني الأرضُ ، ومِنَ الثالثِ الفدّانُ ، يعني : البقرَ الذي يُعملُ عليها ، والرابعُ يَعملُ ، علىٰ أنْ يكونَ الزرعُ بينَهم . . فإنَّ هٰذا عقدٌ فاسدٌ ؛ لأنَّهُ ليسَ بشَرِكةٍ ، ولا قِراضٍ ، ولا إجارةٍ ؛ لأنَّ الشَّرِكةَ[1] لا تَصِحُّ حتَّىٰ يَخلِطَ الشركاءُ أموالَهمْ ، وهاهُنا أموالُهمْ متميِّزةٌ ، وفي القِراضِ يَرجِعُ ربُّ المالِ إلىٰ رأسِ مالهِ عندَ المفاصلةِ ، وهاهُنا لا يُمكنُ ، والإجارةُ تفتقِرُ إلىٰ أُجرةٍ معلومةٍ ، وعملٍ معلومٍ) .

فإذا ثبتَ هٰذا : كانتِ الغلَّةُ كلُّها لمالكِ البَذرِ ؛ لأنَّها عينُ مالهِ زادتْ ، وعليهِ لصاحبِ الأرضِ ولصاحبِ الفدّانِ أجرةُ مِثلِ ما لَهُم ، وللعاملِ أُجرةُ مِثلِ ما عَمِلَ عليهِ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهمْ دَخلَ في العقدِ ليكونَ لهُ شيءٌ مِنَ الغَلَّةِ ، ولَمْ يَسلَمْ لهمْ ذٰلكَ ، وقد تَلِفَتْ منافعُهمْ ، فكانَ لهمْ بَدَلُها .

فرعٌ : [اشترك في عمل وأعيان غير متكافئة] :

قالَ في « البويطيِّ » : (فإنِ ٱشتركَ أربعةٌ ، فأخرجَ أحدُهمْ بغلاً ، والآخرُ حَجَرَ الرَّحىٰ ، ومِنَ الآخرِ البيتُ ، ومِنَ الرابعِ العملُ ، علىٰ أنْ يكونَ ما حصلَ مِنَ الأُجرةِ بينَهم ، علىٰ ما شرطوهُ . . فإنَّ هٰذهِ معاملةٌ فاسدةٌ ؛ لأنَّها ليستْ بشَرِكةٍ ، ولا قِراضٍ ، ولا إجارةٍ ؛ لمَا بيَّنّاهُ في المسألةِ قبلَها) .

قالَ الشافعيُّ : (فإذا أصابوا شيئاً . . جُعِلَ لكلِّ واحدٍ منهمْ أُجرةُ مِثلهِ ، وجُعِلَ كرأسِ مالهِ ، وقُسِمَ ما حَصَلَ بينَهمْ علىٰ قدرِهِ) .

= منهم » . أرملوا : فني طعامهم ، وأصله من الرمل كأنهم لصقوا بالرمل من القلة . قال العلامة المحقق ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٦١) : يؤخذ منه صحة الشركة في غير الأثمان ، وجواز ما يفعله كثير من المسافرين ، وهي مسألة الهبة ، والله أعلم بالصواب .

(١) في (م) : (في الشركة) .

فقالَ أَبو العبّاسِ : في هٰذا مسأَلتانِ :

إحداهما : إِذا جاءَ رجلٌ ، فٱستأجرَ مِنْ كلِّ واحدٍ منهمْ ما لَهُ ليَطحَنوا لهُ ؛ طعاماً معلوماً ، بأُجرةٍ معلومةٍ بينهمْ ، بأَنْ يقولَ لصاحبِ البيتِ : ٱستأجرتُ منكَ هٰذا البيتَ ، ومِنْ هٰذا الحجرَ ، ومِنْ هٰذا البغلَ ، ومِنْ هـٰذا نفسَهُ ؛ لتطحنوا لي كذا وكذا مِنَ الحِنطةِ ، بكذا وكذا درهماً ، فقالوا : قَبِلْنا الإِجارةَ . . فهلْ يَصِحُّ هٰذا العقدُ ؟ فيهِ قولانِ ، كالقولينِ في أَربعةِ أَنفسٍ لهمْ أَربعةُ أَعبُدٍ باعوهُم بثَمَنٍ واحدٍ ، وكالقولينِ فيمَنْ تزوَّجَ أَربعةَ نِسوةٍ بمهرٍ واحدٍ ، أَو خالَعْنَهُ بعِوضٍ واحدٍ .

فإِذا قلنا : لا يَصِحُّ . . ٱستحقَّ كلُّ واحدٍ منهمْ إِذا طَحَنوا أُجرةَ مِثْلِ ما لَهُ علىٰ صاحبِ الطعامِ .

وإِنْ قلنا : يَصِحُّ . . نُظِرَ كمْ أُجرةُ مِثلِ كلِّ واحدٍ منهمْ ، وقُسِمَ المسمَّىٰ بينهمْ علىٰ قدرِ أُجورِ مِثلِهم .

ولوِ ٱستأجرَ مِنْ كلِّ واحدٍ مِلكَهُ بأُجرةٍ معلومةٍ علىٰ عملٍ معلومٍ ، أَو مدَّةٍ معلومةٍ بعقدٍ منفردٍ . . صحَّ ذٰلكَ ، قولاً واحداً ، وٱستحقَّ كلُّ واحدٍ منهم ما يُسمَّىٰ لهُ .

المسأَلةُ الثانيةُ : إِذا ٱستأجرَهم في الذمَّةِ ، مثلَ أَنْ يقولَ : أستأجِرُكُم لتُحصِّلوا[١] لي طَحْنَ هٰذا الطعامِ بمئةٍ . . صحَّتِ الإِجارةُ ، قولاً واحداً ، ووَجبَ علىٰ كلِّ واحدٍ منهمْ رُبُعُ العَمَلِ ، وٱستحقَّ رُبُعَ المسمَّىٰ مِنْ غيرِ تقسيطٍ ، فإِذا طَحَنوا . . ٱستحقُّوا المسمَّىٰ أَرباعاً ، وكانَ لكلِّ واحدٍ منهمْ أَنْ يَرجعَ علىٰ شركائهِ بثلاثةِ أَرباعِ عملهِ ، فيَرجِعُ صاحبُ البغلِ علىٰ شركائهِ بثلاثةِ أَرباعِ أُجرةِ بغلهِ ، وكذٰلكَ صاحبُ البيتِ ، والرَّحىٰ ، والعاملُ ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهمْ يستحِقُّ عليهِ رُبُعَ العَملِ ، وقد عَمِلَ الجميعُ ، فَسقَطَ الربُعُ لأَجلِ ما ٱستحقَّ عليهِ ، ويَرجِعُ علىٰ شركائهِ بما لَمْ يَستحِقَّ عليهِ .

فإِنْ قالَ : ٱستأجرتُكمْ لتَطحَنوا لي هٰذا الطعامَ بمئةٍ ، فقالوا : قَبِلْنا . . فذَكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ في « التعليقِ » : أَنَّها علىٰ قولينِ ، كالمسأَلةِ الأُولىٰ . وذَكرَ المَحامليُّ ،

---

(١) في (م) : (لتخلصوا) .

وٱبنُ الصبَّاغِ : أنَّها تَصِحُّ ، قولاً واحداً ، كالمسألةِ الثانيةِ .

فإنْ قالَ لرجلٍ منهمْ : ٱستأجرتُكَ لتُحصِّلَ لي طَحنَ هٰذا الطعامِ بمئةٍ ، فقالَ : قَبِلتُ الإجارةَ لي ولأصحابي ، أو نوىٰ ذٰلكَ ، وكانوا قدْ أَذِنوا لهُ في ذٰلكَ . . فالإجارةُ صحيحةٌ ، والمسمَّىٰ بينَهم أرباعٌ ، فإذا طَحَنوا . . رَجَعَ كلُّ واحدٍ منهم بثلاثةِ أَرباعِ أجرةِ ما لَهُ علىٰ شركائِهِ ، وإنْ لَمْ ينوِ أَنَّهُ يَقبلُ لهُ ولأَصحابهِ . . لزِمَهُ العملُ بنفسِهِ ، فإذا طَحَنَ الطعامَ بالآلةِ التي بينَهُ وبينَ شركائهِ . . ٱستحقَّ المسمَّىٰ ، وكانَ عليهِ أُجرةُ مِثلِ آلاتِهِمْ .

فرعٌ : [في المعاملات الفاسدة] :

قالَ في « البويطيِّ » : (وإذا ٱشتركَ ثلاثةٌ : مِنْ أَحدِهِمُ البغلُ ، ومِنَ الآخَرِ الراويةُ ، ومِنَ الثالثِ العملُ علىٰ أَنْ يَستقيَ الماءَ ، ويكونُ ما رَزَقَ اللهُ بينَهمْ . . فإنَّ هٰذهِ معاملةٌ فاسدةٌ ؛ لأنَّها ليستْ بشَرِكةٍ ، ولا قِراضٍ ، ولا إجارةٍ ؛ لِمَا بيَّنَّاهُ) .

فإذا ٱستقىٰ الماءَ ، وباعهُ ، وحَصَلَ منهُ ثَمَنٌ . . فقدْ قالَ الشافعيُّ في موضعٍ : (يكونُ ثَمَنُ الماءِ كلُّهُ للعاملِ ، وعليهِ أجرةُ مِثلِ البغلِ والراويةِ) .

وقالَ في موضعٍ : (يكونُ ثَمَنُ الماءِ بينَهمْ مقسَّطاً عليهمْ علىٰ قَدرِ أُجورِ أَمثالِهِمْ) . وٱختلفَ أصحابُنا فيها :

فمنهمْ مَنْ قالَ : ليستْ علىٰ قولينِ ، وإنَّما هيَ علىٰ ٱختلافِ حالينِ :

فالموضعُ الذي قالَ : (يكونُ ثَمَنُ الماءِ كلُّهُ للسَّقّاءِ ، وعليهِ أُجرةُ مِثلِ البغلِ والراويةِ) إذا كانَ الماءُ مِلكاً لهُ ، مِثلَ : أَنْ يأخذَ الماءَ مِنْ بركةٍ لهُ ، أَوْ مِنْ ماءٍ يَنبَعُ في مِلكِهِ ؛ لأَنَّ الماءَ مِلكُهُ ، فكانَ ثَمنُهُ مِلكاً لهُ ، وعليهِ أُجرةُ البغلِ والراويةِ ؛ لأَنَّهُ ٱستوفىٰ منفعتَهما علىٰ عوضٍ ، ولَمْ يَسلَمْ لهما العِوضُ .

والموضعُ الذي قالَ : (يكونُ ثَمَنُ الماءِ بينَهمْ) إذا كانَ الماءُ مُباحاً ؛ لأَنَّ الثَّمَنَ حصَلَ بالعملِ ، والبغلِ ، والراويةِ .

ومنهمْ مَنْ قالَ : إنْ كانَ الماءُ مِلكاً للسَّقّاءِ . . فالثَّمنُ كلُّهُ لهُ ، وعليهِ أُجرةُ البغلِ والراويةِ ؛ لِمَا ذَكرناهُ ، وإنْ كانَ الماءُ مباحاً . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : أَنَّ الثَّمنَ كلَّهُ للسَّقّاءِ ؛ لأَنَّ الماءَ يُملكُ بالحِيازةِ[١] ، ولَمْ توجدِ الحيازةُ إلاَّ منهُ ، وعليهِ أُجرةُ مثلِ البغلِ والراويةِ ؛ لأَنَّهمْ دخلوا علىٰ أَنْ يكونَ لهمْ قِسْطٌ مِنْ ثَمَنِ الماءِ ، فإذا لَمْ يَحصُلْ ذٰلكَ لهمْ . . ٱستحقُّوا أُجرةَ المِثلِ .

والقولُ الثاني : أَنَّ ثَمَنَ الماءِ بينهمْ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يتناولِ الماءَ لنفسِهِ ، وإنَّما تناولَهُ ليكونَ بينهمْ ، فكانَ بينهمْ ، فصارَ كالوكيلِ لهمْ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وهٰكذا : لوِ ٱصطادَ لهُ ، ولغيرِهِ ، فهلْ لغيرِهِ . . منهُ شيءٌ ؟ فيهِ وجهانِ ، بناءً علىٰ هٰذهِ المسأَلةِ .

فإذا قلنا : يكونُ الماءُ بينهمْ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهوَ قولُ الشيخِ أَبي حامدٍ في « التعليقِ » ـ : أَنَّهُ يُقسَمُ بينَهمْ بالتقسيطِ علىٰ قدرِ أُجورِ أَمثالِهمْ ، وحُكيَ : أَنَّ الشافعيَّ نصَّ علىٰ ذٰلكَ .

والثاني ـ حكاهُ ٱبنُ الصبَّاغِ عَنِ الشافعيِّ ـ : (أَنَّهُ يكونُ بينَهمْ أَثلاثاً ، ويَرجِعُ صاحبُ البغلِ بثُلُثيْ أُجرتهِ علىٰ صاحبيهِ ، ويَرجِعُ صاحبُ الراويةِ بثُلُثَي أُجرتهِ علىٰ صاحبيهِ ، ويَرجِعُ السَّقّاءُ علىٰ صاحبيهِ بثُلُثيْ أُجرتهِ) .

وأَمَّا صاحبُ « المهذَّبِ » : فذَكرَ : أَنَّهُ يكونُ بينهمْ أَثلاثاً ، وأَطلقَ .

فإنِ ٱستأجرهمْ غيرُهمْ ليستقوا لهُ ماءً . . قالَ أَبو العبّاسِ : ففيهِ مسأَلتانِ ، كما ذُكِرَ في الطَّحنِ إنِ ٱستأجرَهمْ إجارةً معيَّنةً بأُجرةٍ واحدةٍ . . ففيهِ قولانِ ، وإنِ ٱستأجرَهمْ في ذِمَمِهمْ . . صحَّ ، قولاً واحداً .

مسأَلةٌ : [اشتركا في عبد فوجداه معيباً] :

وإنِ ٱشترىٰ الشريكانِ عبداً ، فوجدا بهِ عيباً ، فإنِ ٱتَّفقا علىٰ ردِّهِ ، أَو إمساكِهِ . . فلا كلامَ ، وإنْ أَرادَ أَحدُهما الردَّ ، وأَرادَ الآخرُ الإمساكَ ، فإنْ كانا قَدْ عَقَدا جميعاً عقدَ البيعِ . . فلأَحدِهما أَنْ يردَّ نصيبَهُ دونَ نصيبِ شريكهِ .

---

(١) **الحيازة** : قال في « المصباح » : حزت الشيء أحوزه حوزاً وحيازة : ضممته وجمعته ، وكلُّ من ضم إلىٰ نفسه شيئاً ، فقد حازه .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (ليسَ لأَحدِهما أَنْ يردَّ دونَ شريكهِ) . وقدْ مضىٰ ذكرُها في البيوعِ .

وإِنْ تولّىٰ أَحدُهما عقدَ البيعِ لهُ ولشريكهِ ، فإِنْ كانَ لَمْ يَذكُر : أَنَّهُ يشتري لهُ ولشريكهِ ، ثُمَّ قالَ بعدَ ذٰلكَ : كنتُ ٱشتريتُ لي ولشريكي . لَمْ يُقبلْ قولُهُ علىٰ البائعِ ؛ لأَنَّ الظاهرَ أَنَّهُ ٱشترىٰ لنفسهِ ، وإِنْ كانَ قَد ذَكرَ في الشراءِ : أَنَّهُ لنفسهِ ولشريكهِ . فهلْ لهُ أَنْ يردَّ حصَّتَهُ دونَ شريكهِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الشيخُ أَبو حامدٍ :

أَحدُهما : لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ البائعَ قَدْ عَلِمَ أَنَّ الصَّفْقةَ لنفسينِ ، فصارَ كما لوِ ٱشتريا شيئاً بأَنفسِهما .

والثاني : ليسَ لهُ الردُّ ؛ لأَنَّهُ وإِنْ ذَكَرَ أَنَّهُ يشتري لهُ ولشريكهِ . فحُكمُ العقدِ لهُ ، أَلا ترىٰ أَنَّهُ لوِ ٱشترىٰ عبداً ، فقالَ : ٱشتريتُهُ لزيدٍ ، فقالَ زيدٌ : ما أَذِنتُ لهُ . كانَ الشراءُ لازماً للمشتري ؟

فأَمَّا إِذا باعَ الرجلُ عبداً ، ثُمَّ قالَ : كانَ بيني وبينَ فلانٍ ، فإِنْ باعهُ مطلَقاً ، ثُمَّ قالَ بعدَ ذٰلكَ : إِنَّهُ بينَهُ وبينَ غيرِهِ . لَمْ يُقبَلْ قولُهُ علىٰ المشتري ؛ لأَنَّ الظاهرَ أَنَّهُ باعَ مِلكَهُ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فيحلِفُ المشتري : أَنَّهُ لا يَعلَمُ ذٰلكَ . فإِنْ أَقامَ الشريكُ بيِّنَةً : أَنَّهُ بينَهُ وبينهُ . حُكِمَ لهُ بذٰلكَ ، فإِنْ كانَ قَدْ أَذِنَ لهُ بالبيعِ . صحَّ ، وإِنْ لَمْ يأذنْ لهُ . كانَ القولُ قولَهُ : أَنَّهُ ما أَذِنَ لهُ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ الإِذنِ .

فإِنْ ذَكرَ البائعُ حينَ البيعِ : أَنَّهُ بينَهُ وبينَ شريكهِ . قُبلَ قولُهُ ؛ لأَنَّهُ مُقِرٌّ علىٰ نفسهِ في مِلكهِ ، فإِنْ أَقرَّ الشريكُ : أَنَّهُ أَذِنَ لَهُ في البيعِ . نَفَذَ البيعُ ، وإِنْ لَمْ يُقِرَّ بالإِذنِ ، ولا بيِّنةَ عليهِ . حَلفَ أَنَّهُ ما أَذِنَ لهُ ، وبَطَلَ البيعُ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ الإِذنِ .

مسأَلةٌ : [الشريك أمين] :

والشريكُ أَمينٌ فيما في يدِهِ مِنْ مالِ الشَّركةِ ، فإِنْ تَلِفَ في يدهِ شيءٌ منهُ مِنْ غيرِ تفريطٍ . لَمْ يَجبْ عليهِ ضمانُهُ ؛ لأَنَّهُ نائبٌ عَنْ شريكهِ في الحفظِ ، فكانَ الهالكُ في

يدِهِ كالهالكِ في يدِ المالكِ . وإنِ ٱدَّعىٰ الهلاكَ بسببٍ ظاهرٍ . . لَمْ يُقبَلْ قولُهُ حتَّىٰ يُقيمَ البيِّنةَ علىٰ السببِ الظاهرِ ؛ لأَنَّهُ يُمكنهُ إقامةُ البيِّنةِ عليهِ ، فإنْ شَهِدتِ البيِّنةُ بالسببِ ، وبهلاكِ المالِ فيهِ . . فلا كلامَ ، وإنْ شَهِدتِ البيِّنةُ بالسببِ ، ولَمْ تَذكُر هلاكَ المالِ . . فالقولُ قولُ الشريكِ معَ يمينِهِ : أنَّهُ هلكَ بذٰلكَ .

وإنِ ٱدَّعىٰ الهلاكَ بسببٍ غيرِ ظاهرٍ . . فالقولُ قولُهُ معَ يمينِهِ ؛ لأنَّهُ يتعذَّرُ عليهِ إقامةُ البيِّنةِ علىٰ الهلاكِ .

فرعٌ : [لا تُسمع دعوىٰ خيانة الشريك] :

وإنِ ٱدَّعىٰ أَحدُ الشريكينِ علىٰ الآخرِ خيانةً . . لَمْ تُسمَع دَعواهُ حتَّىٰ يُبيِّنَ قدرَ الخيانةِ ، فإذا بيَّنها ، فأَنكرَها الآخرُ ولا بيِّنةَ علىٰ منكرِ الخيانةِ . . فالقولُ قولُهُ معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ الخيانةِ .

وإنِ ٱشترىٰ أَحدُ الشريكينِ شيئاً فيهِ رِبحٌ ، فقالَ شريكهُ : ٱشتريتَهُ شَركةً بيننا ، وقالَ المشتري : بَلِ ٱشتريتُهُ لنفسي . أَوِ ٱشترىٰ شيئاً فيهِ خسارةٌ ، فقالَ المشتري : ٱشتريتُهُ شَركةً بيننا ، وقالَ الآخرُ : بَلِ ٱشتريتَهُ لنفسِكَ . . فالقولُ قولُ المشتري معَ يمينِهِ في المسأَلتينِ ؛ لأَنَّهُ أَعرفُ بفعلِهِ .

فرعٌ : [شراء الشريك بما لا يتغابن بمثله] :

وإنْ أَذنَ كلُّ واحدٍ مِنَ الشريكينِ لصاحبِهِ بالتصرُّفِ ، فٱشترىٰ أَحدُهما شيئاً للشَّركةِ بأَكثرَ مِنْ ثَمَنِ المِثلِ بما لا يتغابَنُ الناسُ بمِثلِهِ ، فإنِ ٱشترىٰ ذٰلكَ بثَمَنٍ في ذمَّتِهِ . . لَزِمَ المشتريَ جميعُ ما ٱشتراهُ ، ولا يَلزمُ شريكَهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ الإِذنَ يقتضي الشراءَ بثَمَنِ المِثلِ ، فإنْ نقدَ الثَّمَنَ مِنْ مالِ الشَّركةِ . . ضَمِنَ نصيبَ شريكِهِ بذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ تعدَّىٰ بذٰلكَ .

وإنِ ٱشتراهُ بعينِ مالِ الشَّركةِ . . لَمْ يَصِحَّ الشراءُ في نصيبِ الشريكِ ؛ لأَن العقدَ تعلَّقَ بعينِ المالِ ، وهلْ يَبطُلُ في نصيبِ المشتري ؟ فيهِ قولانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في تفريقِ الصَّفقةِ .

فإذا قلنا : يَبطُلُ . . فهما علىٰ شركتِهما كما كانا .

وإنْ قلنا : يَصِحُّ الشراءُ في نصيبِهِ . . ٱنفسختِ الشَّرِكةُ بينَهما في قدرِ الثَّمَنِ ؛ لأَنَّ حقَّهُ مِنَ الثَّمَنِ قدْ صارَ للبائعِ ، فيكونُ البائعُ شريكَ شريكِهِ بقدرِ الثَّمَنِ ، ويكونُ هوَ شريكَ البائعِ في السِّلعةِ .

وإنْ باعَ أَحدُ الشريكينِ شيئاً مِنْ مالِ الشَّرِكةِ بأَقلَّ مِنْ ثَمَنِ المِثلِ بما لا يَتغابَنُ الناسُ بمثلِهِ . . بَطلَ البيعُ في نصيبِ شريكِهِ ؛ لأَنَّ مطلقَ الإِذنِ يقتضي البيعَ بثَمَنِ المِثْلِ ، وهلْ يَبطُلُ البيعُ في نصيبِ البائعِ ؟ فيهِ قولانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في تفريقِ الصَّفقةِ .

فإذا قلنا : يَبطُلُ البيعُ في نصيبِ البائعِ . . فهما علىٰ الشَّرِكةِ كما كانا .

وإنْ قلنا : لا يَبطُلُ . . بَطَلتِ الشَّرِكةُ بينَهما في المبيعِ ؛ لأَنَّ حِصَّتَهُ منهُ صارتْ للمشتري بالابتياعِ ، فيكونُ المشتري شريكَ شريكِهِ .

قالَ أَبو إِسحاقَ : ولا يَضمَنُ البائعُ نصيبَ شريكِهِ ما لَمْ يُسلِّمْهُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ موضعُ ٱجتهادٍ لوجودِ الاختلافِ فيهِ .

ولو أَودعَ رجلٌ عندَ رجلٍ عَيناً ، فباعَها المودَعُ . . فإِنَّهُ يَضمَنُ ذٰلكَ بنفسِ البيعِ وإِنْ لَمْ يُسلِّمْ ؛ لأَنَّ المودَعَ لا يجوزُ لهُ البيعُ بالإجماعِ[1] ، وٱستضعفَ الشيخُ أَبو حامدٍ هٰذا ، وقالَ : هوَ متعدٍّ بالبيعِ ، فلا فرقَ بينَ أَنْ يكونَ مختلَفاً فيهِ ، أَو مجمَعاً عليهِ ، أَلاَ ترىٰ أَنَّهُ إذا سُلِّمَ . . ضَمِنَ وإِنْ كانَ مختلَفاً فيهِ ؟

فرعٌ : [رفع يد أحد الشريكين غصب] :

وإنْ كانَ عبدٌ بينَ ٱثنينِ ، فجاءَ رجلٌ أَجنبيٌّ ، وأَزالَ يدَ أَحدِ الشريكينِ عَنِ العبدِ . . صارَ غاصباً لِحصَّتِهِ مِنَ العبدِ وإِنْ كانَ مُشاعاً ؛ لأَنَّ الغصبَ هوَ إِزالةُ اليدِ ، وذٰلكَ يوجدُ في المُشاعِ ، كما يوجدُ في المقسومِ ، أَلاَ ترىٰ أَنَّ رجلينِ لو كانَ بينَهما دارٌ ، فجاءَ

---

(١) وكذا الاستعمال كما قال ابن المنذر في « الإجماع » (٥٦٥) : وأجمعوا علىٰ أن المودع ممنوع من استعمال الوديعة ، ومن إتلافها . فالبيع من باب أولىٰ .

رجلٌ ، وأخرجَ أحدَهما مِنَ الدارِ ، وقعدَ فيهِ مكانَهُ . . كانَ غاصباً لِحصَّتهِ من الدارِ ؟ هٰكذا ذكَرَ الشيخُ أبو حامدٍ .

فإنْ باعَ الغاصبُ والشريكُ الذي لَمْ يُغصَبْ منهُ العبدَ من رجلٍ صفقةً واحدةً . . فإنَّ الشافعيَّ قالَ : (يَصِحُّ البيعُ في نصيبِ المالكِ ، ويَبطُلُ فيما باعهُ الغاصبُ) . واختلفَ أصحابُنا فيهِ :

فمنهمْ مَنْ قالَ : هيَ علىٰ قولينِ ، بناءً علىٰ القولينِ في تفريقِ الصَّفقةِ .

ومنهمْ مَنْ قالَ : يَصِحُّ البيعُ في نصيبِ المالكِ ، قولاً واحداً ؛ لأنَّ عقدَ الواحدِ معَ الاثنينِ بمنزلةِ العقدينِ ، فلا يَفسدُ أحدُهما بفسادِ الآخرِ .

وإنْ وكَّلَ الشريكُ الذي لَمْ يُغصَبْ منهُ الغاصبَ في بيعِ نصيبهِ ، فباعَ جميعَ العبدِ صفقةً واحدةً ، فإنْ باعَ وأطلقَ ، ولَمْ يَذكرِ الشريكَ الموكِّلَ . . لَمْ يَصِحَّ البيعُ في نصيبِ المغصوبِ منهُ ، وهلْ يَصِحُّ البيعُ في نصيبِ الموكِّلِ ؟ فيهِ قولانِ . وإنْ ذكرَ الغاصبُ في البيعِ : أنَّهُ وكيلٌ في بيعِ نِصفِهِ . . لَمْ يَصِحَّ بيعُ نصيبِ المغصوبِ منهُ ، وهلْ يَصِحُّ البيعُ في نصيبِ الموكِّلِ ؟ علىٰ الطريقينِ في المسألةِ قبلَها ؛ لأنَّهُ بمنزلةِ العقدينِ .

وإنْ غصَبَ الشريكُ نصيبَ شريكهِ ، فباعَ العبدَ صفقةً واحدةً . . بَطَلَ البيعُ في نصيبِ المغصوبِ منهُ ، وهلْ يَبطُلُ في نصيبهِ ؟ فيهِ قولانِ .

مسألةٌ : [يمين المدعي مع نكول المدعىٰ عليه بمنزلة إقرار المدعىٰ عليه] :

وإنْ كانَ عبدٌ بينَ اثنينِ نِصفينِ ، فأذِنَ أحدُهما لصاحبِهِ ببيعِ نصيبِهِ منهُ ، وقَبَضَ ثمنَهُ ، أو قلنا : إنَّهُ يَملِكُ القَبضَ بمقتضىٰ الوَكالةِ في البيعِ ، فباعَ العبدَ مِنْ رجلٍ بألفٍ ، ثُمَّ أقرَّ الشريكُ الذي لَمْ يَبِع : أنَّ البائعَ قَبَض الألفَ مِنَ المشتري ، وادَّعىٰ ذٰلكَ المشتري ، وأنكرَ البائعُ . . فإنَّ المشتريَ يَبرأُ مِنْ نصيبِ الشريكِ الذي لَمْ يَبِع ؛ لأنَّهُ اعترفَ أنَّهُ سَلَّمَ ما يَستحِقُّهُ عليهِ مِنَ الثَّمَنِ إلىٰ شريكهِ بإذنهِ ، ثُمَّ تبقىٰ الخصومةُ بينَ الشريكينِ ، وبينَ البائعِ والمشتري .

فإنْ تحاكمَ البائعُ والمشتري ، فإنْ أقامَ المشتري بيِّنةً شاهدينِ ، أو شاهداً

وآمرأتينِ : بأَنَّهُ قدْ سَلَّمَ إليهِ الألفَ . . حُكِمَ علىٰ البائعِ أنَّهُ قدْ قَبَضَ الألْفَ ، وبَرِىءَ المشتري منها ، ولزِمَ البائعَ بذٰلكَ تسليمُ خمسِ مئةٍ إلىٰ الذي لَمْ يَبِع ، وإنْ لَمْ يكنْ معَ المشتري مَنْ يَشهدُ لهُ غيرُ الشريكِ الذي لَمْ يَبِع . . فإنَّ شهادتَهُ في نصيبهِ لا تُقبَلُ علىٰ البائعِ ، وهلْ تُقبَلُ شهادتُهُ في نصيبِ البائعِ ؟ فيهِ قولانِ .

فإنْ قلنا : إنَّها تُقبَلُ . . حَلَفَ معهُ المشتري ، وبَرِىءَ مِنْ حِصَّةِ البائعِ .

وإنْ قلنا : لا تُقبَلُ ، أو كانَ فاسقاً . . فالقولُ قولُ البائعِ معَ يمينهِ : أنَّهُ ما قَبَضَ الألفَ ولا شيئاً منها ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ القبضِ ، فإذا حَلَفَ . . أخذَ منهُ خمسَ مئةٍ ، ولا يشارِكُهُ الذي لَمْ يَبِع فيها ؛ لأنَّهُ لمَّا أقرَّ أنَّ البائعَ قد قَبَضَ الألفَ . . آعترفَ ببراءَةِ ذمَّةِ المشتري مِنَ الثَّمَنِ ، وأنَّ ما يأخذُهُ الآنَ ظُلْمٌ ، فلا يشاركهُ فيهِ . وإنْ نكلَ البائعُ عَنِ اليمينِ . . حَلَفَ المشتري أنَّهُ قدْ سَلَّمَ إليهِ الألفَ ، وبَرِىءَ مِنَ الألفِ ، ولا يَستحِقُّ الشريكُ الذي لَمْ يَبِع علىٰ البائعِ بيمينِ المشتري شيئاً ، سواءٌ قلنا : إنَّ يمينَ المدَّعي معَ نكولِ المدَّعىٰ عليهِ بمنزلةِ إقرارِ المدَّعىٰ عليهِ ، أو بمنزلةِ إقامةِ البيِّنةِ عليهِ ؛ لأنَّا إنَّما نجعلُ ذٰلكَ في حقِّ المتحالِفَينِ ، لا في حقِّ غيرِهما .

وهٰكذا : لو أقامَ المشتري شاهداً واحداً ، وحَلَفَ معهُ . . فإنَّهُ يبرأُ مِنَ الألفِ ، ولا يَرجِعُ الذي لَمْ يَبِع علىٰ البائعِ بشيءٍ ، إلاَّ إنْ حَلَفَ معَ الشاهدِ ، بخلافِ ما لو أقامَ المشتري بيِّنةً . . فإنَّهُ يُحكمُ بها للمشتري ، وللذي لَمْ يَبِع .

وإنْ بدأَ الشريكانِ ، فتحاكما ، فإنْ كانَ للشريكِ الذي لَمْ يَبِع بيِّنةٌ : أنَّ البائعَ قَبَض الألف ، فأقامَها . . حُكِمَ بِها علىٰ البائعِ للمشتري ، وللذي لَمْ يَبِع ، وإنْ لَمْ تكنْ لهُ بيِّنةٌ غيرُ المشتري . . لَمْ تُقبَلْ شهادةُ المشتري ، قولاً واحداً ؛ لأنَّهُ يَشهدُ علىٰ فعلِ نفسهِ ، فيحلِفُ البائعُ : أنَّهُ لَمْ يَقبِضِ الألْفَ ولا شيئاً منها ، ويَسقطُ حقُّ الذي لَمْ يَبِع مِنْ كلِّ جهةٍ .

وإنْ نكلَ البائعُ عَنِ اليمينِ ، تُرَدُّ اليمينُ علىٰ الذي لَمْ يَبِع ، فحَلَفَ . . آستحقَّ الرجوعَ علىٰ البائعِ بخمسِ مئةٍ ، ولا يَثبُتُ بهِ حقُّ المشتري علىٰ البائعِ ، سواءٌ قلنا : إنَّ يمينَ الذي لَمْ يَبِع بمنزلةِ إقرارِ البائعِ ، أو بمنزلةِ إقامةِ البيِّنةِ عليهِ ؛ لأنَّ ذٰلكَ إنَّما يُحكمُ بهِ في حقِّ المتحالِفَينِ ، لا في حقِّ غيرِهما ، ولأنَّ اليمينَ حجَّةٌ في حقِّ الحالفِ

لا تدخلُها النيابةُ ، فَلَمْ يَثبُتْ بيمينهِ حقُّ غيرِه ، بخلافِ البيِّنةِ . **هٰكذا ذكَرَ عامَّةُ أَصحابِنا** .

وذكَرَ أَبو عليٍّ السنجيُّ وجهاً واحداً لبعضِ أَصحابِنا : أَنَّهُ يَثبتُ باليمينِ والنكولِ جميعُ الثَّمَنِ علىٰ البائعِ في هٰذهِ ، وفي التي قبلَها ، وهوَ إذا حَلَفَ المشتري معَ نكولِ البائعِ ، كما قلنا في البيِّنةِ . وليسَ بشيءٍ .

وإِنِ ٱدَّعىٰ البائعُ : أَنَّ الذي لَمْ يَبع قَبَضَ الأَلْفَ مِنَ المشتري ، وٱدَّعىٰ المشتري ذٰلكَ ، وأَنكرَ ذٰلكَ الذي لَمْ يَبع . . فلا يخلو مِنْ أَربعةِ أَقسامٍ :

إِمَّا أَنْ يكونَ كلُّ واحدٍ منهما مأذوناً لهُ في القبضِ ، أَو كانَ الذي لَمْ يَبع مأذوناً لهُ في القبضِ وحدَهُ ، أَو كانَ كلُّ واحدٍ منهما غيرَ مأذونٍ لهُ في القبضِ ، أَو كان البائعُ مأذوناً لهُ في القبضِ وحدَهُ :

فإِنْ كانَ كلُّ واحدٍ منهما قد أَذِنَ لصاحبِهِ بالقبضِ ، أَو كانَ البائعُ قد أَذِنَ للذي لَمْ يَبع بقبضِ نصيبهِ وحدَهُ . . فإِنَّ المشتريَ يَبرأُ مِنْ نصيبِ البائعِ مِنَ الثَّمَنِ ؛ لأَنَّهُ أَقرَّ أَنَّهُ دفعَ حقَّهُ إِلىٰ وكيلهِ ، فيكونُ الفِقهُ في هٰذهِ المسأَلةِ كالفقهِ في التي قبلَها ، إِلاَّ أَنَّ البائعَ هاهُنا يكونُ كالذي لَمْ يَبع في التي قبلَها ، والذي لَمْ يَبع هاهُنا كالبائعِ في التي قبلَها علىٰ ما ذكرنا حرفاً بحرفٍ .

وإِنْ كانَ كلُّ واحدٍ منهما غيرَ مأذونٍ لهُ في القبضِ . . فإِنَّ بإِقرارِ البائعِ : أَنَّ الذي لَمْ يَبع قَبَضَ الأَلْفَ ، لا تَبرأُ ذمَّةُ المشتري مِنْ شيءٍ مِنَ الثَّمَنِ ؛ لأَنَّ البائعَ أَقرَّ بتسليمِ حصَّتهِ مِنَ الأَلْفِ إِلىٰ غيرِ وكيلهِ ، والذي لَمْ يَبع أَنكرَ القبضَ ، فيأخذُ البائعُ حقَّهُ مِنَ الثَّمَنِ مِنْ غيرِ يمينٍ ، وتبقىٰ الخصومةُ بينَ الذي لَمْ يَبع ، وبَينَ المشتري ، فإِنْ طالبَ الذي لَمْ يَبع المشتريَ بحقِّهِ مِنَ الثَّمَنِ ، فإِنْ كانَ معَ المشتري بيِّنةٌ . . حُكِمَ لهُ بها علىٰ الذي لَمْ يَبع ، وإِنْ لَمْ تكنْ معهُ بيِّنةٌ غيرُ البائعِ ، وهوَ عدلٌ . . حَلَفَ معهُ ، وحُكِمَ ببراءَةِ ذمَّةِ المشتري مِنْ نصيبِ الذي لَمْ يَبع ، قولاً واحداً ، والفرقُ بينَ هٰذهِ ، وبينَ المسائلِ المتقدِّمةِ : أَنَّ هناكَ رُدَّتْ شهادتُهُ في البعضِ للتُّهَمَةِ ، وهاهُنا لَمْ تُرَدَّ شهادتُهُ في شيءٍ أَصلاً ، وإِنْ لَمْ يكنْ البائعُ عَدْلاً ، أَو كانَ ممَّنْ لا تُقبلُ شهادتُهُ للمشتري بأَنْ يكونَ والدَهُ ، أَو ولدَهُ ، أَو كانَ ممَّنْ لا تُقبلُ شهادتُهُ علىٰ الذي لَمْ يَبع ، بأَنْ كانَ عدوّاً لهُ . .

فالقولُ قولُ الذي لَمْ يَبِع معَ يمينهِ : أَنَّهُ لَمْ يَقبِضِ الأَلْفَ ولا شيئاً منهُ ، فإنْ حَلفَ . . أَخَذَ حقَّهُ مِنَ الثَّمَنِ ، وإِنْ نَكلَ . . حَلفَ المشتري ، وبَرِىءَ مِنْ حقِّ الذي لَمْ يَبِع .

وأَمَّا إِذا كانَ البائعُ قد أَذِنَ لهُ الذي لَمْ يَبِع بقبضِ حَقِّهِ ، أَو قلنا : إِنَّ الإِذنَ في البيعِ يقتضي قَبضَ الثَّمَنِ ، ولَمْ يأذنِ البائعُ للذي لَمْ يَبِع بقبضِ حقِّهِ مِنَ الثَّمَنِ . . فإِنَّ بإِقرارِ البائعِ لا تبرأُ ذمَّةُ المشتري مِنْ نصيبِ البائعِ مِنَ الثَّمَنِ ؛ لأَنَّهُ يُقِرُّ : أَنَّهُ دفعَ ذٰلكَ إِلىٰ غيرِ وكيلِهِ ، وأَمَّا نصيبُ الذي لَمْ يَبِع . . فإِنَّ المزنيَّ نقلَ : (أَنَّ المشتريَ يبرأُ مِنْ نِصفِ الثَّمَنِ بإِقرارِ البائعِ : أَنَّ شريكَهُ قدْ قبضَ ؛ لأَنَّهُ في ذٰلكَ أَمينٌ) .

فَمِنْ أَصحابِنا مَنْ خطَّأَهُ في النقلِ ، وقالوا : هٰذا مذهبُ أَهلِ العِراقِ ، وإِنَّ إِقرارَ الوكيلِ يُقبلُ علىٰ الموكِّلِ ، فيُحتمَلُ أَنْ يكونَ الشافعيُّ رحمَهُ اللهُ ذكرَ ذٰلكَ . قالَ : (وبهِ قالَ محمَّدٌ) . فظنَّ المزنيُّ أَنَّهُ أَرادَ بذٰلكَ نفسَهَ ، ولَمْ يُرِدِ الشافعيُّ بهِ إِلاَّ محمَّدَ بنَ الحسنِ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنِ ٱعتذرَ للمزنيِّ ، وقالَ : معنىٰ قولهِ : (يَبرأُ المشتري مِنْ نِصفِ الثَّمَنِ) يريدُ بهِ في حقِّ البائعِ ، فإِنَّ البائعَ كانَ لهُ المطالبةُ بجميعِ الألفِ ، فلمَّا أَقرَّ أَنَّ شريكَهُ قَبضَ الأَلْفَ . . سَقطتْ مطالبتُهُ بالنِّصفِ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : وأَنَّ المشتريَ لا يَبرأُ مِنْ شيءٍ مِنَ الثَّمَنِ . . فإِنَّ البائعَ يأخذُ منهُ خمسَ مئةٍ مِنْ غيرِ يمينٍ ، فإِذا قَبض ذٰلكَ . . فهلْ للذي لَمْ يَبِع أَنْ يشاركَ البائعَ بما قَبَضَهُ ؟ نقلَ المزنيُّ : (أَنَّ لهُ أَنْ يشاركَهُ فيما قَبضهُ) . وبهِ قالَ بعضُ أَصحابِنا ؛ لأَنَّ الذي لَمْ يَبِع يقولُ : قدْ أَخذَ البائعُ خمسَ مئةٍ مِنَ المشتري بحقٍّ مُشاعٍ بيني وبينَهُ . وقولُ البائعِ : إِنَّهُ أَخذَهُ لنفسهِ ، لا يُقبَلُ علىٰ الذي لَمْ يَبِع ؛ لأَنَّ المالَ إِذا كانَ مُشاعاً بينَ ٱثنينِ ، فقَبَضَ أَحدُهما منهُ شيئاً ، ثُمَّ قالَ : قَبضتُهُ لنفسي . . لَمْ يُقبَلْ .

وقالَ أَبو العبّاسِ ، وأَبو إِسحاقَ ، **وعامَّةُ أَصحابِنا** : لا يشاركُهُ فيما قَبَضَ ؛ لأَنَّ البائعَ لمَّا أَقرَّ : أَنَّ الذي لَمْ يَبِع قَدْ قَبَضَ الثَّمَنَ . . تَضمَّنَ ذٰلكَ عزلَ نفسهِ مِنَ الوكالةِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَبقَ ما يتوكَّلُ فيهِ .

فإِنْ قلنا بقولِ المُزنيِّ . . كانَ الذي لَمْ يَبِع بالخِيارِ : بينَ أَنْ يُطالِبَ المشتري بخمسِ

مئةٍ ، وبينَ أَنْ يأخذَ مِنَ البائعِ مئتينِ وخمسينَ ، ومِنَ المشتري مئتينِ وخمسينَ ، فإذا أَخذَ مِنَ البائعِ مئتينِ وخمسينَ . . لَمْ يكنْ للبائعِ أَنْ يَرجعَ بها علىٰ المشتري ؛ لأَنَّهُ يقولُ[1] : إِنَّ الذي لَمْ يَبع ظَلَمهُ بها ، فلا يَرجِعُ بها علىٰ غيرِ مَنْ ظَلَمهُ .

وإِنْ قلنا بقولِ أَبي العبَّاسِ ، ومَنْ تابعهُ . . لَمْ يكنْ للذي لَمْ يَبع أَنْ يشاركَ البائعَ بشيءٍ مِمَّا أَخذَ ، بَلْ لهُ أَنْ يُطالِبَ المشتري بحقِّهِ مِنَ الثَّمَنِ ، وهوَ خمسُ مئةٍ ، فإذا طالبَ الذي لَمْ يَبع المشتريَ ، فإِنْ كانَ معَ المشتري بيِّنةٌ علىٰ الذي لَمْ يَبع : أَنَّهُ قَبَض منهُ الأَلْفَ . . بَرِىءَ مِنْ نصيبهِ مِنَ الثَّمَنِ ، وكانَ لهُ أَنْ يَرجعَ عليهِ بخمسِ مئةٍ ؛ لأَنَّهُ قَبَضَ منهُ أَلفاً ، ولا يَستحِقُّ عليهِ إِلاَّ خمسَ مئةٍ . وإِنْ لَمْ يكنْ معَ المشتري مَنْ يَشهدُ لهُ بقبضِ الذي لَمْ يَبِع الأَلْفَ غيرُ البائعِ ، وكانَ عَدْلاً . . فهلْ تُقبلُ شهادتُهُ ؟

إِنْ قلنا بقولِ أَبي العبّاسِ : إِنَّ الذي لَمْ يَبع لا يُشاركُ البائعَ فيما قَبَضَ . . قُبِلَتْ شهادتُهُ عليهِ ، فيَحلِفُ معَهُ المشتري ، وتَبرأُ ذِمَّتُهُ مِنْ حقِّهِ مِنَ الثَّمَنِ ، ويَرجعُ عليهِ بخَمسِ مئةٍ ؛ لأَنَّهُ لا يدفعُ بشهادتهِ عَنْ نفسهِ ضَرراً ، ولا يَجرُّ بها إِلىٰ نفسهِ نفعاً .

وإِنْ قلنا بقولِ المزنيِّ ، ومَنْ تابعهُ : إِنَّ الذي لَمْ يَبع لم يشارِكِ البائعَ فيما قَبَضَ . . لَمْ تُقبَلْ شهادتُهُ ؛ لأَنَّهُ يدفعُ بها عنْ نفسهِ ضَرراً ، وهو حقُّ الرجوعِ عليهِ بنِصفِ ما قبضَ ؛ لأَنَّهُ إِذا ثَبَتَ : أَنَّهُ قَدِ ٱستوفىٰ الخَمسَ مئةٍ مِنَ المشتري . . لَمْ يُشارِكِ البائعَ في شيءٍ مِمَّا قَبَضَ .

فإِنْ قلنا : لا تُقبَلُ شهادتُهُ عليهِ ، أَو كانَ ممَّنْ لا تُقبلُ شهادتُهُ لمعنىً غيرِ هٰذا . . فالقولُ قولُ الذي لَمْ يَبع معَ يمينهِ : أَنَّهُ لَمْ يَقبِضِ الأَلفَ ولا شيئاً منهُ ، فإذا حلَفَ . . ٱستحقَّ الرجوعَ بحصَّتهِ مِنَ الثَّمَنِ علىٰ ما مضىٰ ، وإِنْ نكلَ عَنِ اليمينِ ، فحَلَفَ المشتري : أَنَّهُ قَدْ قَبَضَ منهُ الأَلفَ . . بَرِىءَ مِنْ حِصَّتهِ مِنَ الثَّمَنِ ورَجَعَ عليهِ بما زادَ علىٰ حقِّهِ .

---

(١) في (م) : (يقرُّ) .

فرعٌ : [قبول أحد الشريكين بالبيع والتلف] :

وإنْ أقرَّ أحدُ الشريكينِ : أنَّهُ باعَ ، وقبَضَ الثَّمنَ ، وتلِفَ في يدِهِ وهوَ مأذونٌ لهُ ، فأنكرَ شريكُهُ البيعَ ، أوِ القبضَ . . فهلْ يُقبَلُ قولُ المأذونِ لهُ ؟ فيهِ قولانِ ، نذكرُهما في (الوَكالةِ) إنْ شاءَ اللهُ تعالىٰ .

مسألةٌ : [عزل الشريك نفسه عن التصرف لا يمنعه من التصرف بنصيبه مشاعاً] :

إذا ٱشتركا ، وأذِنَ كلُّ واحدٍ منهما لصاحبِهِ بالتصرُّفِ ، ثُمَّ عزَلَ أحدُهما صاحبَهُ عَنِ التصرُّفِ في نصيبِهِ ، أو عزَلَ أحدُهما نفسَهُ عَنِ التصرُّفِ في نصيبِ شريكهِ . . كانتِ الشَّركةُ باقيةً ، إلاَّ أنَّ المَعزولَ لا يتصرَّفُ إلاَّ في نصيبِ نفسهِ مُشاعاً ، ولا يَنعزِلُ الآخَرُ عَنِ التصرُّفِ في نصيبِ صاحبهِ ما لَمْ يَعزِلْهُ صاحبُهُ ، أو يَعزِلْ نفسَهُ ؛ لأنَّ تصرُّفَ كلِّ واحدٍ منهما في نصيبِ شريكِهِ بالإذنِ ، فإذا عزَلَهُ المالكُ ، أو عزَلَ نفسَهُ . . ٱنعزلَ .

وإنْ عزَلَ كلُّ واحدٍ منهما صاحبَهُ ، أو قالَ أحدُهما : عَزَلتُ نفسيَ عَنِ التصرُّفِ في نصيبِ شريكي ، وعَزَلتُهُ عَنِ التصرُّفِ في نصيبي . . ٱنعزلَ كلُّ واحدٍ منهما عَنِ التصرُّفِ في نصيبِ شريكهِ ، ولا تَبطُلُ الشَّركةُ بذٰلكَ .

فإنْ قالَ أحدُهما : فسَختُ الشَّركةَ . . ٱنعزلَ كلُّ واحدٍ منهما عَنِ التصرُّفِ في نصيبِ شريكهِ ؛ لأنَّ ذٰلكَ يقتضي العزلَ مِنَ الجانبينِ ، ولا يُبطِلُ الاشتراكَ ، فإنِ ٱتَّفقا علىٰ القِسمةِ . . قسَمَا ، وإنِ ٱتَّفقا علىٰ البيعِ ، أوِ التبقيةِ . . كانَ لهما ذٰلكَ ، وإنْ دَعَا أحدُهما إلىٰ البيعِ ، والآخرُ إلىٰ القِسمةِ . . أُجيبَ مَنْ دَعَا إلىٰ القِسمةِ ، كالمالِ الموروثِ بينَ الورثةِ .

وإنْ جُنَّ أحدُهما ، أو أُغميَ عليهِ . . ٱنفسختِ الشَّركةُ ، وٱنعزلَ كلُّ واحدٍ منهما عَنِ التصرُّفِ في نصيبِ شريكهِ[1] ؛ لأنَّ الإذنَ عقدٌ جائزٌ ، فبَطَلَ بالجنونِ ، والإغماءِ ، كالوكالةِ .

---

(١) في (م) : (الآخر) .

فرعٌ : [موت أَحد الشريكين] :

وإِنْ ماتَ أَحدُهما . . ٱنفسختِ الشَّرِكةُ ، وٱنعزلَ الباقي منهما عَنِ التصرُّفِ في نصيبِ الآخَرِ ؛ لأَنَّ الإِذنَ عقدٌ جائزٌ ، فبَطَلَ بالموتِ ، كالوكالةِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنْ لَمْ يكنْ علىٰ الميِّتِ دينٌ ، ولا أَوصىٰ بشيءٍ ، فإِنْ كانَ الوارثُ بالغاً رشيداً . . فلَهُ أَنْ يُقيمَ علىٰ الشَّرِكةِ بأَنْ يأذنَ للآخَرِ في التصرُّفِ ، ويأذنَ الشَّريكُ لَهُ ، ولَهُ أَنْ يقاسِمَ ؛ لأَنَّ الحقَّ لهما ، فكانَ لهما أَنْ يفعلا ما شاءا .

قالَ أَبو إِسحاقَ : غيرَ أَنَّ الأَولىٰ أَنْ يقاسِمَ ؛ لأَنَّهُ ربَّما كانَ هناكَ دينٌ ، أَو وصيَّةٌ لَمْ يَعلمْ بها الوارثُ .

وللوارثِ إذا كانَ بالغاً رشيداً أَنْ يقاسِمَ وإِنْ كانَ الحظُّ في الشَّرِكةِ ، ولَهُ أَنْ يُقيمَ علىٰ الشَّرِكةِ وإِنْ كانَ الحظُّ في القسمةِ ؛ لأَنَّ الحقَّ لهُ ، وهوَ رشيدٌ .

وإِنْ كانَ الوارثُ مُوَلّىً عليهِ . . كانَ النظرُ في مالِ المولَّىٰ عليهِ إِلىٰ وليِّهِ فإِنْ كانَ الحظُّ في الشَّرِكةِ . . لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يقاسِمَ ، وإِنْ كانَ الحظُّ في القسمةِ . . لَمْ يَجز لهُ أَنْ يُقيمَ علىٰ الشَّرِكةِ ؛ لأَنَّ الناظرَ في مالِ المُولّىٰ عليهِ لا يَنفُذُ تصرُّفُهُ فيهِ ، إلاَّ فيما لهُ فيهِ حظٌّ ، وسواءٌ كانَ المالُ نقداً أَو عَرْضاً . . فإِنَّ الشَّرِكةَ تجوزُ ؛ لأَنَّ الشَّرِكةَ إِنَّما لا تجوزُ ٱبتداءً علىٰ العُروضِ ، وهٰذا ٱستدامةٌ للشَّرِكةِ[1] ، وليسَ بٱبتداءِ عقدٍ .

وإِنْ ماتَ وعليهِ دينٌ . . لَمْ يَجُزْ للوارثِ أَنْ يأذنَ في التصرُّفِ بمالِ الشَّرِكةِ ؛ لأَنَّ الدَّينَ يَتعلَّقُ بجميعِ المالِ ، فهوَ كالمرهونِ ، فإِنْ قضىٰ الدَّينَ مِنْ غيرِ مالِ الشَّرِكةِ . . كانَ كما لو ماتَ ولا دينَ عليهِ ، وهٰكذا إِنْ قضىٰ الدَّينَ ببعضِ مالِ الشَّرِكةِ . . كانَ كما لو ماتَ ولا دينَ ، وللوارثِ أَنْ يأذنَ لهُ في التصرُّفِ فيما بقيَ .

وإِنْ وصَّىٰ بثُلُثِ مالهِ ، أَو بشيءٍ مِنْ مالِ الشَّرِكةِ ، فإِنْ كانتِ الوصيَّةُ لمعيَّنٍ . . كانَ الموصىٰ لهُ شريكاً كالوارثِ ، ولهُ أَنْ يفعلَ ما يفعلُ الوارثُ ، وإِنْ كانتِ الوصيَّةُ لغيرِ معيَّنٍ . . لَمْ يَجُزْ للوصيِّ الإِذنُ للشريكِ في التصرُّفِ ؛ لأَنَّهُ قدْ وَجبَ دفعُهُ إِليهمْ ، بَلْ

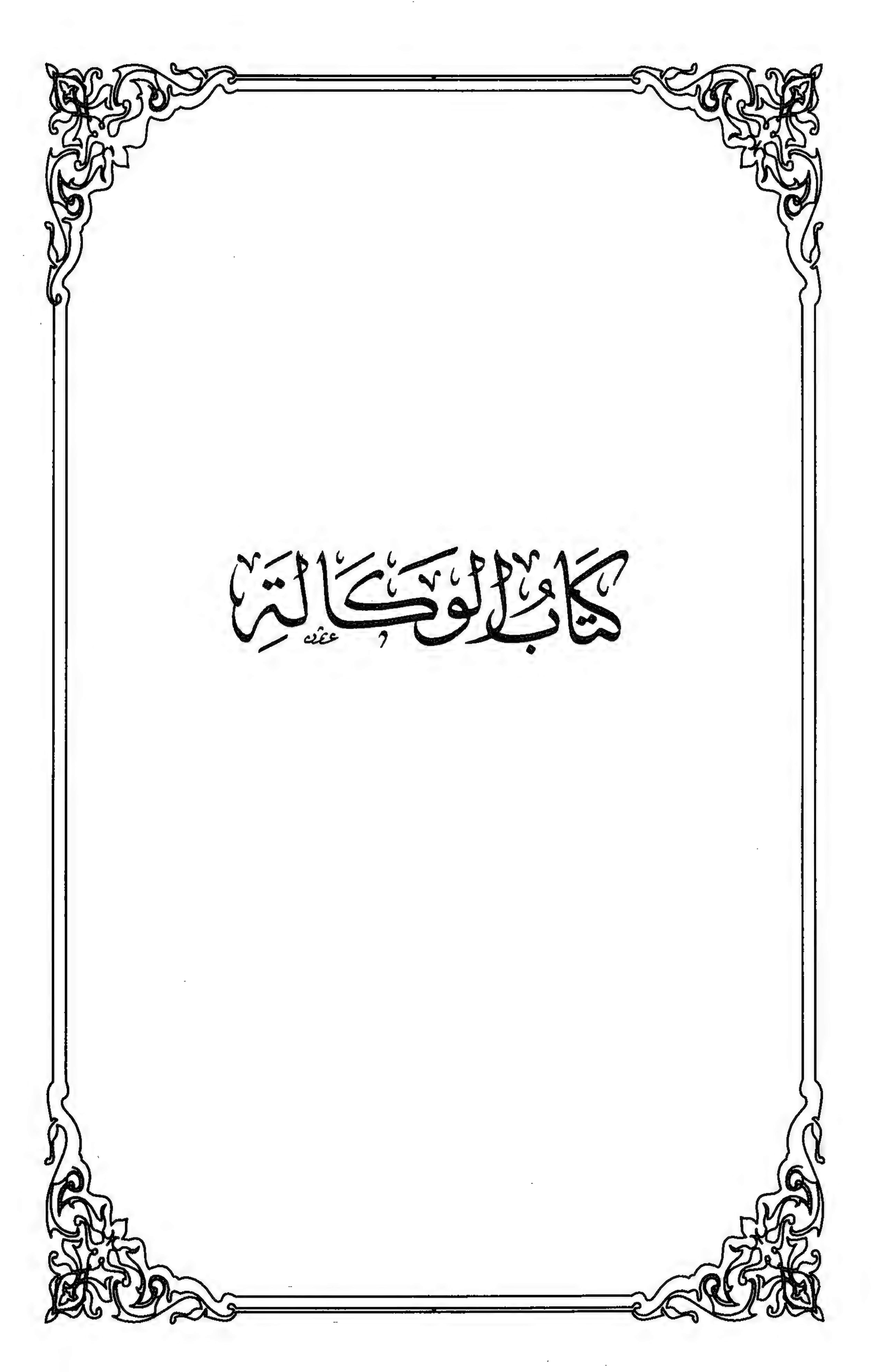
---

(١) ومعلوم : (أنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء) .

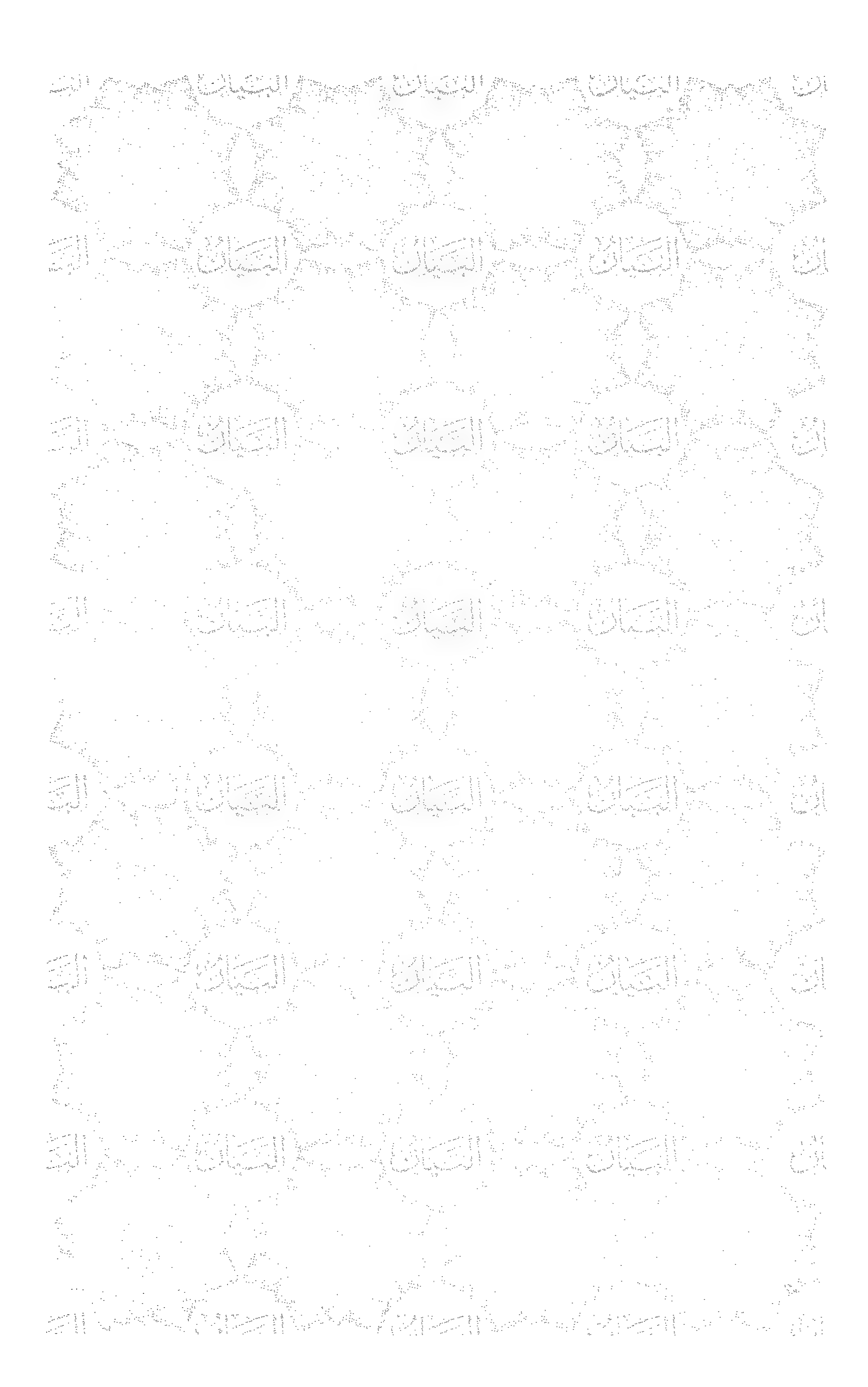
يَعزِلُ نصيبَهمْ ، ويُفرِّقُهُ عليهمْ ، فإنْ كانَ قَدْ أَوصىٰ بثُلُثِ مالهِ ، فأَعطىٰ الوارثُ ثُلُثَ الموصىٰ لهمْ مِنْ غيرِ ذٰلكَ المالِ مثلَهُ . . لَمْ يَجُزْ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ الموصىٰ لهمْ قَدِ ٱستحقُّوا ثُلُثَ ذٰلكَ المالِ بعينهِ ، فلا يجوزُ أَنْ يُعطَوْا مِنْ غيرِهِ .

واللهُ أَعلمُ ، وباللهِ التوفيقُ

* * *



كتاب الوكالة



كتاب الوكالة(١)

الأَصلُ في جوازِ الوكالةِ : الكتابُ ، والسنَّةُ ، والإجماعُ :

أَمَّا الكتابُ : فقولُهُ تعالىٰ : ﴿ فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ ﴾ الآية [الكهف : ١٩] . وقولُهُ تعالىٰ : ﴿ ٱذْهَبُواْ بِقَمِيصِى هَٰذَا فَأَلْقُوهُ عَلَىٰ وَجْهِ أَبِى ﴾ [يوسف : ٩٣] . وهٰذا وكالةٌ(٢) .

وأَمَّا السنَّةُ : فروىٰ جابرٌ ، قالَ : أَردتُّ الخروجَ إلىٰ خيبرَ ، فأَتيتُ النبيَّ ﷺ ، فسلَّمتُ عليهِ ، وقلتُ لهُ : إنِّي أُريدُ الخروجَ إلىٰ خيبرَ ، فقالَ ﷺ : « إِذَا لَقِيْتَ وَكِيْلِي بِخَيْبَرَ . فَخُذْ مِنْهُ خَمْسَةَ عَشَرَ وَسْقاً مِنْ تَمْرٍ ، فَإِنِ ٱبْتَغَىٰ مِنْكَ آيَةً . . فَضَعْ يَدَكَ عَلَىٰ تَرْقُوَتِهِ »(٣) يعني : إنْ طَلَبَ منكَ أَمارةً . فأَخبرَ : أَنَّ لهُ وكيلاً .

---

(١) **الوكالة** ـ بفتح الواو وكسرها ـ لغة : التفويض ، والاكتفاء بعمل الآخر ، والتوكل : إظهار العجز ، ووكل أمره إلىٰ الله تعالىٰ : اعتمد عليه ووثق به ، ومنه : « اللهم لا تكلنا إلىٰ أنفسنا » ، و : « إن أعطيتها عن مسألة . . وكلت إليها » ، والوكيل : من أسمائه تعالىٰ ، وقيل في معناه : الكفيل ، والربّ ، والحفيظ . وشرعاً : استنابةُ جائز التصرف مثلَهُ فيما يقبل النيابة .

وأركانها أربعة : موكل ، ووكيل ، وموكل فيه ، وصيغة .

(٢) وكذا في الباب أيضاً قوله تبارك شأنه : ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ [المائدة : ٢] ومن البر والتقوىٰ : أن يتوكل عن الغير بالقيام بأشغاله . وقوله جل ثناؤه : ﴿ فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ ﴾ [النساء : ٣٥] .

(٣) أخرجه عن جابر أبو داود (٣٦٣٢) في الأقضية ، والدارقطني في « السنن » (٤/ ١٥٤ ـ ١٥٥) في النوادر ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٨٠) في الوكالة ، من طريق ابن إسحاق ، عن وهب بن كيسان به . قال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٥٨) : بسند حسن ، وعلق البخاري طرفاً منه في الخُمس باب (١٥) قبل (٣١٣١) ، وفيه : (ما أعطىٰ جابرَ بن عبد الله من تمر خيبر) . وفي الباب :

عن أبي موسىٰ عند البخاري (٢٣١٩) في الوكالة ، ومسلم (١٠٢٣) في الزكاة ، وفيه : =

ورُويَ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ وكَّلَ عَمرَو بنَ أُميَّةَ الضمريَّ في قَبولِ نكاحِ أُمِّ حبيبةَ بنتِ أَبي سفيانَ بنِ حربٍ)[١] ، و : (وكَّلَ أَبا رافعٍ في قَبولِ نكاحِ ميمونةَ)[٢] ، و : (وكَّلَ

= « الخازن الأمين الذي ينفق ما أُمر به كاملاً موفَّراً طيباً نفسه إلىٰ الذي أمر به أحد المتصدقين » ، و : « إن الخازن المسلم الأمين . . » .

وعن معن بن يزيد روىٰ البخاري (١٤٢٢) في الزكاة ، وفيه : كان أبي يزيدُ أخرج دنانير يتصدق بها ، فوضعها عند رجل في المسجد ، فجئت فأخذتها ، فأتيته بها ، فقال : والله ما إياك أردت ، فخاصمهُ إلىٰ رسول الله ﷺ ، فقال : « لك ما نويت يا يزيد ، ولك ما أخذت يا معن » .

وعن أبي هريرة روىٰ البخاري نحوه (٢٣١١) في الوكالة تعليقاً . قال : (وكلني رسول الله ﷺ بحفظ زكاة رمضان . .) . قال في « الفتح » (٤/ ٥٦٩) : وقد وصله النسائي ، والإسماعيلي ، وأبو نعيم من طرق إلىٰ عثمان المذكور ، وذكرته في « تغليق التعليق » من طريق عبد العزيز بن منيب ، وعبد العزيز بن سلام ، وإبراهيم بن يعقوب الجوزجاني ، وهلال بن بشر الصواف ، ومحمَّد بن غالب الذي يقال له : تمتام ، وأقربهم لأن يكون البخاري أخذه عنه ـ إن كان ما سمعه من ابن الهيثم . . هلال بن بشر ، فإنه من شيوخه ، أخرج عنه في « جزء القراءة خلف الإمام » . . . ووقع مثل ذلك لمعاذ بن جبل أخرجه الطبراني ، وأبو بكر الروياني .

الوسق : مكيال سبق بيانه . **ابتغىٰ** : طلب . **آية** : علامة . **ترقوته** : الضلع التي في أعلىٰ الصدر . قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٦٢) : ففي ذلك دلالة علىٰ مشروعية التوكيل في الجملة ، مع الإجماع علىٰ ذلك . وسيأتي قريباً .

(١) أخرجه عن محمد بن علي بن أبي جعفر ـ كما في « تلخيص الحبير » (٣/ ٥٧) ـ البيهقي في « المعرفة » ، وقال : حكىٰ ذٰلك ولم يسنده ، وكذا حكاه في « الخلافيات » بلا إسناد .

وأخرجه البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٧/ ١٣٩) من طريق ابن إسحاق عن أبي جعفر قال : (بعث رسول الله ﷺ عمرو بن أمية الضمري إلىٰ النجاشي ، فزوجه أم حبيبة ، ثم ساق عنه أربع مئة دينار) ، واشتهر في السير أنه ﷺ بعث عمرو بن أمية إلىٰ النجاشي ، فزوجه أم حبيبة ، وهو يحتمل أن يكون هو الوكيل في القبول أو النجاشي ، وظاهر ما في أبي داود والنسائي أن النجاشي عقد عليها عن النبي ﷺ ، وولي النكاح خالد بن سعيد بن العاص ، كما في (المغازي) ، وقيل : عثمان بن عفان ، وهو وَهَمٌ . وأورده أيضاً هكذا ابن كثير في « السيرة النبوية » (٣/ ٢٧٤) عن يونس ، عن محمد بن إسحاق ، حدثه محمد بن علي بن الحسين قال : بعث . . . في فصل تزويج النبي ﷺ بأم حبيبة بنت أبي سفيان .

(٢) أخرج الخبر مرسلاً عن سليمان بن يسار مالك في « الموطأ » (١/ ٣٤٨) ، والشافعي في « ترتيب المسند » (٨٢٦) و(٨٢٧) فيما يباح للمحرم وما يحرم ، وفيه : (بعث أبا رافع =

عُروةَ البارقيَّ في شراءِ شاةٍ)[١] ، و : (وكَّلَ حكيمَ بنَ حزامٍ في شراءِ شاةٍ)[٢] .

وأَجمعتِ الأُمَّةُ علىٰ جوازِ التوكيلِ[٣] ، ولأَنَّ بالناسِ حاجةً إِلىٰ التوكيلِ ؛ لأَنَّ مِنَ الناسِ مَنْ لا يتمكَّنُ مِنْ فعلِ ما يحتاجُ إِليهِ ، إِمَّا لقلَّةِ معرفتِهِ بذٰلكَ ، أَو لكثرتِهِ ، أَو تنزُّهِهِ عَنْ ذٰلكَ ، فجازَ التوكيلُ فيهِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّ العباداتِ التي لا مدخلَ للمالِ فيها لا يجوزُ التوكيلُ فيها ، فمنها : الطهارةُ لا تجوزُ الوَكالةُ فيها بأَنْ يَتطهَّرَ أَحدٌ عَنْ أَحدٍ ؛ لأَنَّها عبادةٌ محضةٌ

= ورجلاً من الأنصار فزوجاه ميمونة بنت الحارث وهو بالمدينة قبل أن يخرج إلىٰ مكة والنبي ﷺ بالمدينة) . والخبر يدل علىٰ : أنه ﷺ تزوجها وهو حلال قبل أن يحرم .

ورواه عن أبي رافع أحمد في « المسند » (٦/ ٣٩٢ ـ ٣٩٣) ، والترمذي (٨٤١) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٥٤٠٢) في الحج ، وابن حبان في « الإحسان » (٤١٣٠) . قال الترمذي : هٰذا حديث حسن ، ولا نعلم أحداً أسنده غير حماد بن زيد ، عن مطر الوراق ، عن ربيعة . وقال : وروي عن يزيد بن الأصم ، عن ميمونة قالت : (تزوجني رسول الله ﷺ وهو حلال) . ويزيد هو ابن أخت ميمونة .

قال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٥٧) : وتعقَّبه ابن عبد البر بالانقطاع ، بأن سليمان لم يسمع من أبي رافع ، لكن وقع التصريح بسماعه منه في « تاريخ ابن أبي خيثمة » في حديث نزول الأبطح ، ورجح ابن القطان اتصاله ، ورجح أن مولد سليمان سنة سبع وعشرين ، ووفاة أبي رافع سنة ست وثلاثين ، فيكون سِنُّهُ ثمان سنين أو أكثر .

(١) سلف ، وأخرجه عن عروة بن أبي الجعد البخاري (٣٦٤٢) في المناقب ، مرسلاً ، ولفظه : (أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشتري له به شاة ، فاشترىٰ له به شاتين . . .) ، وهو عند أبي داود (٣٣٨٤) ، والترمذي (١٢٥٨) ، وابن ماجه (٢٤٠٢) . ورواه أيضاً أحمد في « المسند » (٤/ ٣٧٥ و٣٧٦) ، والحميدي في « المسند » (٢/ ٣٧٣) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١١٢) في القراض . والحديث حسن .

(٢) أخرج خبر حكيم أبو داود (٣٣٨٦) ، والترمذي (١٢٥٧) في البيوع ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ١١٣) في القراض . قال الترمذي : لا نعرفه إلا من هٰذا الوجه ، وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام .

(٣) قال ابن المنذر في « الإجماع » (٧٥٧) : وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن المريض العاجز عن الخروج إلىٰ مجلس الحكم والغائب عن المصر يوكل كل واحد منهما وكيلاً يطالب له حقه ويتكلم عنه . وقال في « رحمة الأمة » (ص/ ٣١٧) : الوكالة من العقود الجائزة في الجملة بالإجماع ، وكل ما جازت النيابة فيه من الحقوق جازت الوكالة فيه .

لا تتعلَّقُ بالمالِ ، ولٰكنْ لَهُ أَنْ يوكِّلَ مَنْ يُقرِّبُ إِليهِ الماءَ ، ويَصُبُّهُ عليهِ ، ويوكِّلَ مَنْ يُطهِّرُ ثوبَهُ وبدنَهُ مِنَ النجاسةِ .

وأَمَّا الصلاةُ : فلا تَصِحُّ النيابةُ فيها إلاَّ في ركعتي الطوافِ علىٰ سبيلِ التَّبعِ للحجِّ .

وأَمَّا الزكاةُ والكفَّاراتُ كلُّها : فتجوزُ الوكالةُ في أَدائِها مِنْ مالِ الآمِرِ والمأمورِ ، وقد مضىٰ ذٰلكَ في الزكاةِ .

وأَمَّا الصومُ : فلا تَدخُلُهُ النيابةُ في حالِ الحياةِ ، وفيما بعدَ الموتِ قولانِ ، مضىٰ ذِكرُهما في الصومِ .

وأَمَّا الاعتكافُ : فلا تَدخُلُهُ النيابةُ بحالٍ .

وأَمَّا الحجُّ : فتَدخُلُهُ النيابةُ ، وقد مضىٰ ذِكرُهُ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : ولايَصِحُّ التوكيلُ في النُّذورِ .

ويجوزُ التوكيلُ في البيعِ والشراءِ ؛ لما رُويَ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ دفَعَ إِلىٰ حكيمِ بنِ حزامٍ ديناراً ليبتاعَ لهُ شاةً للأُضحيَّةِ ، فٱبتاعَ بهِ شاةً ، وأُعطيَ بها رِبحاً ، فباعَها بدينارينِ ، ثُمَّ ٱشترىٰ شاةً بدينارٍ ، فأَتىٰ النبيَّ ﷺ ومعه شاةٌ ودينارٌ ، فأَمَرهُ أَنْ يتصدَّقَ بالدينارِ ، ويضحِّيَ بالشاةِ) .

ورُويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ أَعطىٰ عُروةَ البارقيَّ ديناراً ليشتريَ بهِ أُضحيَّةً ، فٱبتاعَ شاتينِ بدينارٍ ، ثُمَّ باعَ إِحداهما بدينارٍ ، وأَتاهُ بشاةٍ ودينارٍ ، فقالَ له النبيُّ ﷺ : « باركَ اللهُ لكَ في صَفْقَةِ يَمِيْنِكَ » ، يَعني : في الرِّبحِ . فكانَ لوِ ٱشترىٰ تُراباً لربحَ فيهِ .

وتجوزُ الوكالةُ في عقدِ الرهنِ ، وقبضهِ ، وإِقباضهِ ، ولا تُتَصوَّرُ الوَكالةُ في التفليسِ ، ويجوزُ للحاكمِ أَنْ يوكِّلَ مَنْ يتولّىٰ الحَجْرَ ، ويَصِحُّ التوكيلُ في الصُّلحِ ، والحَوالةِ ، والضمانِ ، والشَّركةِ ، والوكالةِ ، والعاريَّةِ ، ولا يَصِحُّ التوكيلُ في الغَصبِ ، فإِنْ فعلَ . . كانَ الغاصبُ هو الوكيلُ ؛ لأَنَّهُ فعلٌ محرَّمٌ ، فلا تَدخُلُهُ النيابةُ ، وتَصِحُّ الوكالةُ في طلبِ الشُّفعةِ ، وأَخذِها ، وفي القِراضِ ، والمساقاةِ ، والإِجارةِ ، والهِبةِ ، والوَقفِ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وأَمَّا الالتقاطُ ، والاغتنامُ . . فلا يَصِحُّ التوكيلُ فيهِ ، فإِذا أَمَرهُ ،

فٱلتقطهُ . . كانَ أَحقَّ بهِ مِنَ الآمِرِ . وينبغي أَنْ يكونَ كالاصطيادِ علىٰ قولينِ .

وأَمَّا الميراثُ : فلا نيابةَ فيهِ إلاَّ في قسمتِهِ وقبضِهِ .

وتَصِحُّ الوَكالةُ في الوَصايا ، والودائعِ ، وقَسْمِ الفيءِ والغنيمةِ ، ويَصِحُّ التوكيلُ في النكاحِ مِنَ الزوجِ ؛ لِـ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ وكَّلَ عَمرَو بنَ أُميَّةَ ليَقبلَ لهُ نكاحَ أُمِّ حبيبةَ) ، و : (وكَّلَ أَبا رافعٍ ليَقبلَ لهُ نكاحَ ميمونةَ) .

ويَصِحُّ التوكيلُ في الطلاقِ والخُلعِ ، ولا يَصِحُّ في القَسْمِ ؛ لأَنَّهُ متعلِّقٌ بيدِ[1] الزوجِ ، ولا يَصِحُّ في الظِهارِ ، والإِيلاءِ ، والأَيمانِ ، وفي الرَّجعةِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يجوزُ ، كما لا يجوزُ في الإِيلاءِ ، والظهارِ .

والثاني : يَصِحُّ ، **وهوَ الصحيحُ** ، كما قلنا في عقدِ النكاحِ .

وهلْ يَصِحُّ التوكيلُ في تملُّكِ المباحاتِ ، كالاصطيادِ ، والاحتشاشِ ، وإِحياءِ المَواتِ ، وٱستقاءِ الماءِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهما : يجوزُ ، كما يجوزُ في البيعِ والهبةِ .

والثاني : لا يجوزُ ، كما لا يجوزُ في الاغتنامِ .

ويَصِحُّ التوكيلُ في العِتْقِ ، والتدبيرِ ، والكِتابةِ ، كما قلنا في البيعِ والهِبةِ ، ولا يَصِحُّ التوكيلُ في العِدَدِ ، والرَّضاعِ ، والاستيلادِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ متعلِّقٌ بالبدَنِ .

مسأَلةٌ : [التوكيل في الخصومة] :

وتجوزُ الوكالةُ في إِثباتِ الأَموالِ ، والخُصومةِ فيها ؛ لما رُويَ : (أَنَّ علياً رضيَ اللهُ عنهُ وكَّلَ عقيلَ بنَ أَبي طالبٍ ، وقالَ : ما قُضيَ لهُ . . فليَ ، وما قُضيَ عليهِ . . فعليَّ)[2] .

---

(١) في (م) : (ببدن) .

(٢) أخرج خبر علي البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٨١) في الوكالة من طريق ابن إسحاق ، عن جهم بن أبي الجهم ، عن عبد الله بن جعفر قال : (كان علي بن أبي طالب يكره الخصومة ، فكان إذا كانت له خصومة . . وكَّل فيها عقيل بن أبي طالب ، فلما كبر عقيل . . وكَّلني) .

قالَ الشافعيُّ : (ولا أَحسِبُهُ كانَ يوكِّلُهُ إلاَّ عندَ عمرَ بنِ الخطَّابِ ، ولعلَّهُ عندَ أَبي بكرٍ رضيَ اللهُ عنهما ، ووكَّلَ عليٌّ عبدَ اللهِ بنَ جعفرٍ عندَ عثمانَ ، فَقَبِلَ عثمانُ رضيَ اللهُ عنهُ ذٰلكَ)[١] .

ولأَنَّ الإِنسانَ قَدْ يدَّعي حقّاً ، أَو يُدَّعىٰ عليهِ بحقٍّ ، ولا يُحسِنُ الخُصومةَ في ذٰلكَ ، أَو يَكرَهُ أَنْ يتولّىٰ ذٰلكَ بنفسهِ ، فجازَ أَنْ يوكِّلَ فيهِ .

وتجوزُ الوكالةُ مِنْ غيرِ رِضا الخصمِ ، سواءٌ كانَ الموكِّلُ حاضراً ، أَو غائباً ، صحيحاً كانَ أَو مريضاً ، رجلاً كانَ أَوِ امرأَةً .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يَصِحُّ التوكيلُ في الخُصومةِ مِنْ غيرِ رِضا الخصمِ إلاَّ في ثلاثِ مسائلَ :

إِحداهنَّ : أَنْ يكونَ الموكِّلُ غائباً .

الثانية : أَنْ يكونَ مريضاً .

الثالثة : أَنْ يكونَ امرأَةً مخدَّرَةً .

ولا يلزمُ الخصمَ إِجابةُ الوكيلِ إِلاَّ في هٰذهِ الثلاثةِ المواضعِ) .

ودليلُنا : ما رُويَ : (أَنَّ طلحةَ بنَ عبيدِ اللهِ نازعَ عليَّ بنَ أَبي طالبٍ في قَفيزٍ أَخذَهُ في أَرضهِ في زمانِ عثمانَ ، فوكَّلَ عليٌّ رضيَ اللهُ عنهُ عبدَ اللهِ بنَ جعفرٍ ، وقالَ عليٌّ : إِنَّ الخصوماتِ يتقحَّمُها الشيطانُ ، وإِنِّي أَكرَهُ أَنْ أَحضُرَها) ، ورويَ : أَنَّهُ قالَ : (إِنَّ للخصوماتِ قُحَماً)[٢] ، يعني : مهالكَ ، ولَمْ يُنكِر أَحدٌ مِنَ الصحابةِ ذٰلكَ . ولأَنَّهُ

---

(١) أورده الشافعي رحمه الله في « الأم » (٣/٢٠٧) ، وطرفه الأَخيرُ عند البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٨١) في الوكالة .

(٢) سلف قبله بنحوه عند البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/٨١) ، وفيه : (إن للخصومة قُحَماً) ، وأورد المسألة ابن قدامة في « المغني » (٥/ ٩٠) ، ود. قلعجي في « موسوعة فقه عثمان » (ص/٢٩٦) ، و« موسوعة فقه علي » (ص/٦٢٧) في الوكالة ، ولم يُذكر فيها طلحة بن عبيد . قال ابن الأثير في « النهاية » : **القُحَم** : الأمور العظيمة الشاقة ، واحدتها : قُحْمة ، وعند الجوهري : قحم الأمر قحوماً : إذا رمىٰ بنفسه فيه من غير رَوِيَّة ، وقُحمُ الطريق : مصاعبه ، وللخصومة قحم : أي : أنها تقحم بصاحبها علىٰ ما لا يريد .

توكيلٌ في حقِّهِ ، فلَمْ يكنْ مِنْ شرطِ لزومِهِ رضا الموكَّلِ عليهِ ، كما لو وكَّلهُ في ٱستيفاءِ حقٍّ لهُ علىٰ غيرِهِ ، ولأنَّهُ توكيلٌ ، فصحَّ مِنْ غيرِ رِضا الخَصم ، كما لو كانَ الموكِّلُ غائباً ، أَو مريضاً ، أَوِ ٱمرأَةً غيرَ بَرزَةٍ(١) .

فرعٌ : [الوكالة في إثبات الحدود] :

ويجوزُ التوكيلُ في تثبيتِ القِصاصِ ، وحدِّ القذفِ ، **وبهِ قالَ عامَّةُ العلماءِ** .

وقالَ أَبو يوسفَ : لا يصحُّ .

دليلُنا : أَنَّهُ حقٌّ لآدميٍّ ، فجازَ التوكيلُ في تثبيتهِ ، كالدَّينِ .

ولا يَصِحُّ التوكيلُ في تثبيتِ حدودِ اللهِ ، كحدِّ الزِّنا ، والشُّربِ ، والسَّرِقةِ ؛ لأَنَّ الحقَّ فيها للهِ ، وقدْ أَمَرَ بسَترِها ، ودَرْئِها .

ويجوزُ التوكيلُ في ٱستيفاءِ الأَموالِ ؛ لـ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ كانَ يبعثُ العمّالَ لقبضِ الصدقاتِ والجِزيَةِ)(٢) .

ويَصِحُّ التوكيلُ لاستيفاءِ حدودِ اللهِ ؛ لـ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ بَعثَ أُنيساً لاستيفاءِ حدِّ

---

(١) في (م) : (مخدرة) ، والبرزة : المرأة الكهلة لا تحتجب احتجاب الشوابّ ، وهي مع ذلك عفيفة عاقلة تتحدث للناس وتجالسهم . والبروز : الظهور والخروج .

(٢) يدلُّ علىٰ ذلك ما روي في دواوين السنة المطهرة ، وإليك طرفاً منها :

فعن أبي حميد الساعدي رواه الشافعي في « ترتيب المسند » (٦٦٨) ، والبخاري (١٥٠٠) في الزكاة ، ومسلم (١٨٣٢) في الإمارة ، وفيه : (استعمل النبي ﷺ رجلاً من الأسد يقال له : ابن اللتبية) .

وعن عتّاب بن أسيد رواه أبو داود (١٦٠٣) ، والترمذي (٦٤٤) في الزكاة وحسَّنَهُ ، وفيه : (كان يبعث علىٰ الناس من يخرص عليهم كرومهم وثمارهم) .

وعن أبي هريرة روىٰ مسلم (٩٨٣) في الزكاة ، وفيه : (بعث رسول الله ﷺ عمر علىٰ الصدقة) . ومنه خبر استعمال عمر لعبد الله بن السعدي الساعدي عند البخاري (٧١٦٣) في الأحكام ، ومسلم (١٠٤٥) (١١٢) في الزكاة .

وسلف في الزكاة عن سويد ، وأُبي ، ومسلم بن ثفنة ، ومعاذٍ جملةٌ من الأدلة الصحيحة المُثبِتة للوكالة في الأخذ والدفع .

الزِّنا)[١] ، و : (وكَّلَ عثمانُ علياً رضيَ اللهُ عنهُما بإقامةِ حدِّ الشُّربِ على الوليدِ بنِ عقبةَ)[٢] .

ويجوزُ للوكيلِ أنْ يَستوفيَ القِصاصَ لموكِّلهِ ، وحدَّ القذفِ بحضورِ الموكِّلِ ؛ لأنَّ الإنسانَ قدْ يكونُ لهُ قِصاصٌ ، أو حدُّ قذفٍ ، ولا يُحسِنُ ٱستيفاءَهُ ، فجازَ لهُ التوكيلُ في ٱستيفائهِ ، وهلْ يجوزُ ٱستيفاؤهُ مِنْ غيرِ حضورِ الموكِّلِ ؟

قالَ الشافعيُّ في (الوكالةِ) : (لا يَستوفي) . وقالَ في (الجناياتِ) : (لو وكَّلهُ في ٱستيفاءِ القِصاصِ ، فتنحّىٰ به الوكيلُ ، ثُمَّ عفا عنهُ الموكِّلُ ، وضَربَ الوكيلُ عنُقَهُ . . فهلْ يجبُ عليهِ الضمانُ ؟ فيهِ قولانِ) . وهٰذا يدلُّ علىٰ جوازِ التوكيلِ في الاستيفاءِ معَ غيبةِ الموكِّلِ .

وٱختلفَ أَصحابُنا في ذٰلكَ علىٰ ثلاثِ طُرُقٍ :

أَحدُها ـ وهوَ قولُ أَبي إِسحاقَ ، وٱختيارُ الشيخِ أَبي حامدٍ ، والقاضي أَبي الطيِّبِ الطبريِّ ـ : أَنَّهُ يجوزُ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّ كلَّ ما جازَ ٱستيفاؤُهُ بحضرةِ الموكِّلِ . جازَ بغيبتهِ ، كسائرِ الحقوقِ ، وما قالَ في (الوكالةِ) . . محمولٌ علىٰ الاستحبابِ .

و[**الثاني**] : منهمْ مَنْ قالَ : لا يجوزُ ، قولاً واحداً . وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ؛ لأَنَّهُ إذا غابَ الموكِّلُ ٱحتملَ أَنْ يكونَ عندَهُ شبهةٌ في سقوطِ القِصاصِ ، بأَنْ يكونَ قد عفا ، وما قالَ في (الجناياتِ) . . فمحمولٌ علىٰ أَنَّهُ يتنحّىٰ بهِ عَنْ مجلسِهِ ؛ لئلاَّ يترشَّشَ عليهِ الدَّمُ ، ولَمْ يَغِبْ عَنْ عينهِ .

و[**الثالث**] : منهمْ مَنْ قالَ : فيهِ قولانِ :

---

(١) أخرج خبر أنيس عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني الشافعيُّ في « ترتيب المسند » (٢/ ٢٥٢) في الحدود ، والبخاري (٢٧٢٤) و(٢٧٢٥) في الشروط ، ومسلم (١٦٩٧) و(١٦٩٨) ، وأبو داود (٤٤٤٥) ، والترمذي (١٤٣٣) في الحدود ، وفيه : « أغدُ يا أنيس إلىٰ امرأة هذا ، فإن اعترفت . . فارجمها . . . » .

(٢) أخرج خبر عثمان ذي النورين مع علي المرتضىٰ مطولاً مسلم (١٧٠٧) ، وأبو داود (٤٤٨٠) في الحدود ، وفيه دلالة لما يلي : (فوكّل عليُّ بن أبي طالب ابنَه الحسن لإقامته ، فاعتذر . .) .

أَحدُهما : يجوزُ .

والثاني : لا يجوزُ . ووجهُهُما ما ذَكرناهُ .

مسأَلةٌ : [التوكيل في الإبرام والحلِّ] :

ويَصِحُّ التوكيلُ في فسخِ العقودِ ، كما يَصِحُّ في عقدِها ، ويَصِحُّ التوكيلُ في الإِبراءِ مِنَ الحقوقِ والدُّيونِ ، كما يَصِحُّ في إِثباتها .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّهُ لا يَبرأُ إِلاَّ مِنَ القَدرِ الذي يأذنُ لهُ فيهِ الموكِّلُ ؛ لأَنَّهُ إِنَّما يُستفادُ ذٰلكَ مِنْ قِبَلِهِ ، فلا يجوزُ إِلاَّ ما أَذِنَ لهُ فيه .

فرعٌ : [الوكالة في الإقرار] :

وإِنْ وكَّلهُ بالإِقرارِ . . فهلْ يَصِحُّ التوكيلُ ؟ فيهِ وجهانِ مشهورانِ :

أَحدُهما : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ إِخبارٌ عَنْ حقٍّ ، فَلَمْ يَصِحَّ التوكيلُ فيهِ ، كالشهادةِ .

والثاني : يَصِحُّ ، كما لو قالَ : أَخبِرهُ عنِّي : أَنَّ لهُ عليَّ أَلفاً .

والوجهُ الثالثُ ـ حكاهُ أَبو عليٍّ السِّنجيُّ ـ : إِنْ وكَّلَهُ بالإِقرارِ بحقٍّ معيَّنٍ . . صحَّ التوكيلُ ، وإِنْ وكَّلَهُ بالإِقرارِ بحقٍّ مجهولٍ . . لَمْ يَصِحَّ .

فإِذا قلنا : لا يَصِحُّ التوكيلُ فيهِ . . فهلْ يكونُ التوكيلُ إِقراراً مِنَ الموكِّلِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يكونُ إِقراراً منهُ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يوكِّلْهُ بذٰلكَ إِلاَّ وهوَ واجبٌ عليهِ .

والثاني : لا يكونُ إِقراراً منهُ ، كما لا يكونُ التوكيلُ في الإِبراءِ إِبراءً ، ولا في البيعِ بيعاً .

فإِذا قلنا : يَصِحُّ التوكيلُ فيهِ . . لَمْ يَلزمْ علىٰ الموكِّلِ شيءٌ حتَّىٰ يُقِرَّ عنهُ الوكيلُ .

فإِذا قلنا بهٰذا ، أَو قلنا : يكونُ التوكيلُ إِقراراً مِنَ الموكِّلِ . . نظرتَ :

فإِنْ وكَّلَهُ بأَنْ يُقِرَّ عنهُ بحقٍّ معلومٍ . . أَقرَّ عنهُ بذٰلكَ .

وإنْ وكّلهُ أنْ يُقِرَّ عنهُ بمالٍ ، أو بشيءٍ . . أقرَّ عنهُ بذٰلكَ ، ورُجِعَ إلىٰ الموكِّلِ في بيانِ ذٰلكَ .

فأمّا إذا قالَ الموكِّلُ : أَقِرَّ لَهُ عنِّي ، وسكتَ ، فقالَ الوكيلُ : أقررتُ لكَ عَنْ موكِّلي . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما الشيخُ أبو حامدٍ :

أحدُهما : يكونُ كما لو قالَ : أَقِرَّ لَهُ عنِّي بشيءٍ . . فيَرجِعُ إلىٰ بيانِ الموكِّلِ فيهِ ؛ لأنَّ قولَهُ : أَقِرَّ لَهُ عنِّي ، لا يَحتمِلُ إلاَّ ذٰلكَ .

والثاني ـ وهوَ الصحيحُ ـ : أنَّهُ لا يَلزمُ الموكِّلَ بذٰلكَ حقٌّ ؛ لأنَّهُ لَمْ يأمرْهُ أنْ يُقِرَّ لَهُ بشيءٍ معلومٍ ، ولا مجهولٍ ، فلَمْ يَلزمْهُ شيءٌ ، كما لو قالَ الرجلُ لغيرِهِ : أنا أُقِرُّ لكَ ، أَوْ أنا مُقِرٌّ لكَ . . فإنَّهُ لا يَلزمُهُ بذٰلكَ مالٌ ، بَلْ يَحتمِلُ : أَقِرَّ لَهُ عنِّي بالعلمِ ، أو بالفضلِ ، أو بالشجاعةِ ، والأَصلُ براءةُ ذِمَّتهِ مِنَ المالِ ، فلَمْ يَلزمْهُ بالشكِّ . هٰكذا ذكرَ الشيخُ أبو حامدٍ ، **وأكثرُ أصحابِنا** . وذكرَ الشيخُ أبو إسحاقَ : إذا قلنا : يَصِحُّ التوكيلُ بالإقرارِ . . لَمْ يَجُزْ حتّىٰ يتبيَّنَ جِنسَ ما يُقِرُّ بهِ ، وقدرَ ما يُقِرُّ بهِ . وهٰذا موافقٌ للوجهِ الذي حكاهُ السِّنجيُّ .

مسأَلةٌ : [صحة التصرف تصحح الوكالة نيابة] :

قالَ الشافعيُّ : (والتوكيلُ مِنْ كلِّ موكِّلٍ ، مِنْ رجلٍ ، أوِ آمرأةٍ) الفصلُ إلىٰ آخرِهِ . **وجملةُ ذٰلكَ** : أنَّ مَنْ صَحَّ تصرُّفُهُ في شيءٍ تَدخلُهُ النيابةُ . . جازَ أنْ يوكِّلَ فيهِ غيرَهُ ، كالحُرِّ الرشيدِ ، والحُرَّةِ الرشيدةِ ، والحُرِّ الفاسقِ ، والحُرَّةِ الفاسقةِ ، والمسلمِ ، والكافرِ فيما يَملِكونَ مِنَ التصرُّفِ ، وكذٰلكَ المكاتبُ يجوزُ لهُ أنْ يوكِّلَ غيرَهُ في البيعِ والشراءِ .

وأمّا مَنْ لا يَملِكُ التصرُّفَ في شيءٍ بنفسهِ : فلا يجوزُ لهُ أنْ يوكِّلَ غيرَهُ فيهِ ، فلا يَصِحُّ للصبيِّ ، والمجنونِ ، والمحجورِ عليهِ لسَفَهٍ أنْ يوكِّلَ غيرَهُ في بيعِ مالهِ ؛ لأنَّهُ إذا لَمْ يَملِكْ ذٰلكَ بنفسهِ . . فلأنْ لا يَملِكَ غيرُهُ ذٰلكَ مِنْ جهتهِ أَولىٰ ، إلاَّ أنَّ المحجورَ عليهِ يَملِكُ أنْ يوكِّلَ غيرَهُ في طلاقِ آمرأتهِ ، وفي خُلعِها .

وأَمَّا المحجورُ عليهِ للفَلَسِ : فلا يَصِحُّ أَنْ يوكِّلَ غيرَهُ في بيعِ أَعيانِ مالهِ ، ويجوزُ أَنْ يوكِّلَ مَنْ يشتريَ لهُ بثَمَنٍ في ذمَّتهِ ؛ لأَنَّهُ يَملِكُ ذٰلكَ بنفسهِ ، فملكَ التوكيلَ فيهِ .

وأَمَّا الرجلُ الفاسقُ : فلا يَصِحُّ أَنْ يوكِّلَ مَنْ يزوِّجُ ٱبنتَهُ ، أَو أُختَهُ إِذا قلنا : ليسَ بوليٍّ لَها ؛ لأَنَّهُ لا يَملِكُ ذٰلكَ بنفسهِ ، وكذٰلكَ إِذا وكَّلتِ المرأَةُ غيرَها أَنْ يُزوِّجَها . . لَمْ يَصِحَّ ذٰلكَ ؛ لأَنَّها لا تَملِكُ أَنْ تَعقِدَ النكاحَ علىٰ نفسِها ، فلا يَصِحُّ توكيلُها فيهِ .

وأَمَّا العبدُ المأذونُ لهُ في التجارَةِ والوكيلُ لغيرِهِ : فلا يجوزُ لهما التوكيلُ فيما أُذِنَ لهُما فيهِ إِلاَّ بالإِذنِ ؛ لأَنَّهما لا يَملِكانِ تصرُّفَهما إِلاَّ بإِذنٍ ، فكذٰلكَ توكيلُهما لغيرِهِما .

وأَمَّا الأَبُ والجدُّ : فيجوزُ لهُما أَنْ يوكِّلا مَنْ يُزوِّجُ ٱبنتَهما البكرَ بغيرِ إِذنِها ؛ لأَنَّهما يَملِكانِ ذٰلكَ بأَنفسِهما ، وهلْ لغيرِهِما مِنَ الأَولياءِ ، كالأَخِ ، والعمِّ ، إِذا أُذِنَ لهُما في النكاحِ أَنْ يوكِّلا فيهِ غيرَهُما مِنْ غيرِ إِذنِ المرأَةِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجوزُ ؛ لأَنَّهُ وليٌّ في النكاحِ ، فجازَ لهُ التوكيلُ فيهِ ، كالأَبِ ، والجدِّ .

والثاني : لا يجوزُ ؛ لأَنَّهما لا يَملِكانِ العقدَ إِلاَّ بإِذنِها ، فكذٰلكَ الوكالةُ .

فرعٌ : [من فقد التصرف لا يصح أن يتوكَّل] :

ومَنْ لا يَملِكُ التصرُّفَ في شيءٍ في حقِّ نفسهِ لنقصٍ فيهِ . . لا يَصِحُّ أَنْ يتوكَّلَ فيهِ لغيرِهِ ، كالمرأَةِ لا تتوكَّلُ لغيرِها في إِيجابِ النكاحِ ، ولا في قَبولِهِ ، وكالصبيِّ ، والمجنونِ في جميعِ العقودِ ؛ لأَنَّهُ إِذا لَمْ يَملِكْ ذٰلكَ في حقِّ نفسهِ . . فلأَنْ لا يَملِكَ ذٰلكَ في حقِّ غيرِهِ أَولىٰ .

وأَمَّا المحجورُ عليهِ لسَفهٍ : فلا يَصِحُّ أَنْ يوكَّلَ في البيعِ والشراءِ ، ويَصِحُّ أَنْ يوكَّلَ في الطلاقِ ، والخُلعِ ، والقِصاصِ اعتباراً بتصرُّفهِ في ذٰلكَ في حقِّ نفسهِ .

وأَمَّا المحجورُ عليهِ للفَلَسِ : **فالذي يقتضي المذهبُ** : أَنَّهُ يَصِحُّ لغيرِهِ أَنْ يوكِّلَهُ في التصرُّفِ في أَعيانِ المالِ ، وفي الذمَّةِ ؛ لأَنَّ المنعَ مِنْ تصرُّفهِ في أَعيانِ مالهِ لأَجلِ حقوقِ غُرَمائهِ ، وهٰذا لا يوجدُ في تصرُّفهِ في أَعيانِ مالِ غيرِهِ .

وأَمَّا مَنْ يَملِكُ التصرُّفَ في شيءٍ تَدخلُهُ النيابةُ في حقِّ نفسهِ : فيجوزُ أَنْ يتوكَّلَ فيهِ

لغيرِهِ ، إلاَّ في أَربعِ مسائلَ ، ٱختلف أَصحابُنا فيها :

منها : الفاسِقُ يجوزُ أَنْ يَقبلَ النكاحَ لنفسهِ ، وهلْ يَصِحُّ أَنْ يتوكَّلَ لغيرِهِ في قَبولِ النكاحِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما ٱبنُ الصبَّاغِ :

أَحدُهما ـ ولَمْ يَذكرْ في « المهذَّبِ » غيرَهُ ـ : أَنَّهُ يَصِحُّ ، كما يَصِحُّ ذٰلكَ في حقِّ نفسهِ .

والثاني ـ ولَمْ يَذكرِ الشيخُ أَبو حامدٍ في « التعليقِ » ، والمَحامليُّ غيرَهُ ـ : أَنَّهُ لا يَصِحُّ ، ولَمْ يَذكُرا لَهُ وجهاً .

الثانيةُ : هلْ يَصِحُّ للفاسقِ أَنْ يتوكَّلَ في إِيجابِ النكاحِ إِذا قلنا : إِنَّهُ ليسَ بوليٍّ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ موجِبٌ للنكاحِ ، فَلَمْ يَصِحَّ أَنْ يكونَ فاسقاً ، كالوليِّ .

والثاني : يَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ ليسَ بوليٍّ ، وإِنَّما الوليُّ الموكِّلُ ، وهوَ عَدْلٌ .

الثالثةُ : يجوزُ للعبدِ أَنْ يَقبلَ النكاحَ لنفسهِ بغيرِ إِذنِ سيِّدِهِ ، ولا يجوزُ أَنْ يَقبلَ النكاحَ لغيرِه بغيرِ إِذنِ سيِّدِهِ ، وجهاً واحداً .

وهلْ يَصِحُّ أَنْ يتوكَّلَ لغيرِهِ في قَبولِ النكاحِ بإِذنِ سيِّدِهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَصِحُّ ، كما يَصِحُّ ذٰلكَ في حقِّ نفسهِ .

والثاني : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ إِنَّما جازَ قَبولُهُ لنفسهِ لحاجتهِ إِلىٰ ذٰلكَ ، ولا حاجةَ بهِ إِلىٰ قَبولِ النكاحِ لغيرِهِ .

والذي يقتضي المذهبُ : أَنَّهُ لا يَصِحُّ أَنْ يتوكَّلَ في إِيجابِ النكاحِ وإِنْ كانَ بإِذنِ السيِّدِ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّهُ ليسَ مِنْ أَهلِ إِيجابِ النكاحِ بحالٍ مِنَ الأَحوالِ ، ولو قيلَ : إِنَّهُ كتوكيلِ الفاسقِ في الإِيجابِ . . كانَ محتَملاً .

الرابعة : يجوزُ للرجلِ أَنْ يوكِّلَ زوجتَهُ في طلاقِها ، وهلْ يَصِحُّ توكيلُها في طلاقِ غيرِها ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَصِحُّ ، كما يَصِحُّ في طلاقِ نفسِها .

والثاني : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّهُ إنَّما صحَّ توكيلُها في طلاقِ نفسِها للحاجةِ ، ولا حاجةَ بنا إلىٰ توكيلِها في طلاقِ غيرِها .

فرعٌ : [وكالة ذمي في شراء خمر لمسلم] :

وإنْ وكَّلَ المُسْلِمُ ذمِّيّاً في شراءِ خمرٍ . . لَمْ يَصِحَّ ، وإذا اشترىٰ لهُ الذمِّيُّ . . لَمْ يَصِحَّ الشراءُ للمُسلِمِ .

وقالَ أبو حنيفةَ : (يَصِحُّ ذٰلكَ للمُسْلِمِ) .

دليلُنا : أنَّ كلَّ ما لا يَجوزُ أنْ يَعقِدَ عليهِ المُسلِمُ لنفسِهِ . . لا يجوزُ أنْ يوكِّلَ فيهِ الذمِّيَّ ، كالعقدِ علىٰ المجوسيَّةِ .

وإنْ وكَّلَ المُسلِمُ ذِمِّيّاً ليَقبَلَ لهُ النكاحَ علىٰ ذمِّيَّةٍ . . صحَّ ؛ لأنَّ الذمِّيَّ يَملِكُ قَبولَ نكاحِها لنفسهِ ، فصحَّ توكيلُهُ فيها .

وإنْ وكَّلَهُ المسلمُ ليَقبَلَ لهُ نكاحَ مسلمةٍ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأنَّهُ لا يَملِكُ قَبولَ نكاحِها لنفسهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ أنْ يتوكَّلَ فيهِ لغيرِهِ .

مسألةٌ : [شرط الوكالة إيجاب وقبول] :

ولا تَصِحُّ الوكالةُ إلاَّ بالإيجابِ والقَبولِ ؛ لأنَّهُ عقدٌ يتعلَّقُ بهِ حقُّ كلِّ واحدٍ منهما ، فافتقرَ إلىٰ الإيجابِ والقَبولِ ، كالبيعِ ، والهبةِ ، والإجارةِ ، وفيهِ احترازٌ مِنَ الطلاقِ ، والعتاقِ ، ويَصِحُّ القَبولُ علىٰ الفورِ بلا خلافٍ ، وهلْ يَصِحُّ القَبولُ علىٰ التراخي ؟ فيهِ وجهانِ :

[أحدُهما] : قالَ القاضي أبو حامدٍ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّهُ عقدٌ في حالِ الحياةِ يَفتقِرُ إلىٰ القَبولِ ، فاشترِطَ أنْ يكونَ القبولُ فيهِ علىٰ الفورِ ، كالبيعِ ، وفيهِ احترازٌ مِنَ الوصيَّةِ ، والعِتقِ .

والثاني ـ وهوَ المشهورُ ـ : أنَّهُ يَصِحُّ .

قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : **ووجهُهُ** : أنَّ الوكالةَ تَصِحُّ بالمعلومِ ، والمجهولِ ،

والمعدومِ ، والموجودِ ، وذٰلكَ : أَنَّهُ إِذا وكَّلهُ في إِثباتِ حقٍّ بعينهِ ، أَو خصومةِ شخصٍ بعينهِ . . جازَ ، ولو وكَّلَهُ بٱستيفاءِ جميعِ حقوقهِ ، وإِثباتِها ، وخصوماتهِ ، وما وَجبَ لهُ ، وما يَستجدُّ فيما بعدُ . . جازَ ، وكلُّ ما يَصِحُّ في المعلومِ ، والمجهولِ . . كانَ القَبولُ فيهِ علىٰ التراخي ، كالوصيَّةِ .

قالَ الصيمريُّ : فإِذا كتبَ إِلىٰ رجلٍ : أَنَّهُ وكَّلَهُ في شيءٍ ، فوصلَ إِليهِ الكتابُ فقرأَهُ ، وقَبِلَهُ . . صحَّ ، وإِنْ فارقَ المجلسَ ولَمْ يقبَلْ . . لَمْ يَجُزْ أَنْ يَقبَلَ فيما بعدُ .

فرعٌ : [صفة القبول] :

ويَصِحُّ القَبولُ بالقولِ ، وهوَ أَنْ يقولَ : قَبِلتُ الوكالةَ . ويَصِحُّ القَبولُ بالفعلِ ، وهوَ أَنْ يتصرَّفَ فيما وُكِّلَ فيهِ ؛ لأَنَّهُ إِذنٌ في التصرُّفِ ، فصحَّ القَبولُ فيهِ بالقولِ ، والفعلِ ، كما لو أَذِنَ لهُ في أَكلِ طعامهِ .

مسأَلةٌ : [الوكالة في التصرف المعلوم] :

ولا تَصِحُّ الوكالةُ إِلاَّ في تصرُّفٍ معلومٍ ، فإِنْ قالَ : وكَّلتُكَ في كلِّ قليلٍ وكثيرٍ . . لَمْ يَصِحَّ ، **وبهِ قالَ عامَّةُ العلماءِ** .

وقالَ ٱبنُ أَبي ليلىٰ : يَصِحُّ ، ويَملِكُ بذٰلكَ كلَّ شيءٍ ؛ لعمومِ لفظِ الموكِّلِ . وهٰذا ليسَ بصحيحٍ ؛ لأَنَّ في ذٰلكَ غَرَراً عظيماً وضرراً كثيراً ؛ لأَنَّهُ يُطلِّقُ نساءَهُ ، ويَتزوَّجُ لهُ أَربعَ نسوةٍ بالمهورِ الكثيرةِ ، ويَعتِقُ عبيدَهُ ، ويَتصدَّقُ بأَموالهِ ، أَو يَهبُها لغيرهِ ، ويُقِرُّ عليهِ بما ليسَ عندَهُ ، وفي ذٰلكَ غررٌ ، وربَّما أَقرَّ عليهِ بجنايةِ العمدِ ، وفي ذٰلكَ غررٌ ، وقدْ : (نهىٰ النبيُّ ﷺ عَنِ الغررِ) .

وإِنْ قالَ : بِعْ جميعَ أَملاكي ، أَو أَعتِقْ جميعَ عبيدي ، أَوِ ٱقبِضْ جميعَ ديوني ، أَو جميعَ ودائعي . . صحَّ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ غيرُ مجهولٍ . **هٰذا هوَ المشهورُ** .

وذكرَ أَبو المحاسنِ : إِذا وكَّلهُ في قبْضِ ديونهِ . . لَمْ يَصِحَّ حتَّىٰ يُبيِّنَ بهِ ؛ لأَنَّهُ مبهَمٌ ، فلَمْ يَصِحَّ التوكيلُ فيهِ ، كما لو قالَ : وكَّلتُكَ في كلِّ قليلٍ وكثيرٍ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : ولو قالَ : وكَّلتُكَ بِبِيَاعاتي . . كانتِ الوكالةُ فاسدةً ؛ لأَنَّ هٰذا مجهولٌ ؛ لأَنَّهُ قدْ يَبتاعُ لهُ القليلَ والكثيرَ .

قالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : وإِنْ قالَ : بِعْ ما شئتَ مِنْ أَموالي ، أَوِ ٱقبِضْ ما شئتَ(١) مِنْ ديوني . . جازَ ؛ لأَنَّهُ إِذا عَرَفَ مالَهُ ودينَهُ . . عَرَفَ أَقصىٰ ما يبيعُ ويَقبِضُ ، فيَقِلُّ الغَرَرُ .

وذَكَرَ ٱبنُ الصبَّاغِ : إِذا قالَ : بِع ما تراهُ مِنْ مالي . . لَمْ يَجُزْ ، ولو قالَ : بِعْ ما تراهُ مِنْ عبيدي . . جازَ . ولَمْ يَذكُر لهُ وجهاً .

قالَ أَبو المحاسنِ : ولو قالَ : أَنتَ وكيلي لتقبضَ ديني ، ولا دينَ لهُ ، ثُمَّ ثبتَ لهُ دينٌ . . فهلْ لهُ قبضُهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : ليسَ لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ وكَّلَهُ فيما ليسَ لهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ أَنْ يكونَ وكيلاً فيما يكونُ بعدَهُ ، كما لو وكَّلهُ بالصُّلحِ ، ولا شيءَ لهُ ولا عليهِ ، ثُمَّ وَجبَ .

والثاني ـ وهو قولُ أَبي حنيفةَ ـ : يَصِحُّ ؛ لأَنَّ الوكالةَ تجوزُ في المعدومِ .

فرعٌ : [لا تصح الوكالة بمجهول] :

وإِنْ قالَ : وكَّلتُكَ علىٰ أَنْ تشتريَ لي حَيَواناً بمئةٍ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ وكالةٌ بمجهولٍ ؛ لأَنَّ الحَيَوانَ يَقَعُ علىٰ أَشياءَ كثيرةٍ .

وهٰكذا : إِنْ قالَ : وكَّلتُكَ أَنْ تشتريَ لي ثوباً . . لَمْ يَصِحَّ ، وإِنْ قالَ : وكَّلتُكَ أَنْ تَشتريَ لي عبداً بمئةٍ . . لم يَصِحَّ ؛ لأَنَّ العبيدَ أَجناسٌ ، ولَمْ يُبيِّنْ واحداً منها .

وإِنْ قالَ : وكَّلتُكَ أَنْ تشتريَ لي عبداً تركيّاً بمئةٍ . . جازَ ؛ لأَنَّهُ قد ذَكرَ النوعَ ، والثَّمَنَ ، وإِنْ قالَ : وكَّلتُكَ أَنْ تشتريَ لي عبداً تركيّاً ، أَو حَبشيّاً ، أَو ثوباً هَرويّاً ، أَو مَرويّاً(٢) ، ولم يُقدِّرِ الثَّمَنَ . . ففيهِ وجهانِ :

---

(١) في (م) : (يستقر) .

(٢) يريد نسبته إلىٰ موطنه ومكان نشأته ، كتركيا ، والحبشة ، وهراة ، ومرو ؛ ليُعلم حاله .

أَحدُهما : لا يَصِحُّ حتَّىٰ يَصِفَ العبدَ بصفاتِهِ المقصودةِ ، ويذكرَ طولَ الثوبِ وعرضَهُ ، وصَفاقتَهُ[١] ، أَو رِقَّتَهُ ليصيرَ معلوماً .

والثاني ـ وهوَ قولُ أَبي العبّاسِ ـ : يَصِحُّ ؛ لأَنَّ مَعَ ذكرِ النوعِ يقِلُّ الغررُ ، ويُحمَلُ ذٰلكَ علىٰ أَغلاها ثمناً .

فرعٌ : [توكيل شخص غير معين] :

وإِنْ قالَ لرجلينِ : أَيُّكما باعَ عبدي ، فجائزٌ . . لَمْ يَجُزْ لأَحدِهما أَنْ يبيعَهُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إِذا باعهُ أَحدُهما . . صحَّ) .

دليلُنا : أَنَّ التوكيلَ يَبطُلُ بإِبهامِ الوكيلِ ، فلَم يَصِحَّ ، كما لو قالَ : وكَّلتُ أَحدَ أَولادِ فلانٍ .

وإِنْ قالَ لرجلٍ : بِعْ هٰذا العبدَ ، أَو هٰذا العبدَ . . لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يبيعَ أَحدَهُما ، خلافاً لأَبي حنيفةَ .

دليلُنا : أَنَّهُ شكٌّ في المَبيعِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كما لو قالَ : بعتُكَ هٰذا ، أَو هٰذا .

وإِنْ قالَ : وكَّلتُكَ أَنْ تشتريَ لي أَمَةً تُركيَّةً بمئةٍ أَطؤُها ، فٱشترىٰ لهُ مَنْ يَحرُمُ عليهِ وَطؤُها ، كذواتِ محارِمِهِ ، أَو أُختِ ٱمرأَتِهِ . . لَمْ يلزمِ الموكِّلَ ؛ لأَنَّهُ ٱشترىٰ لهُ غيرَ ما أَذِنَ لهُ فيهِ ، وإِنِ ٱشترىٰ لهُ أُختَ أَمَةٍ ، ليسَ لهُ وطؤُها . . قالَ أَبو المحاسنِ : فلا يَلزمُ الموكِّلَ[٢] . وقالَ أَبو حنيفةَ : (يَلزمهُ) .

دليلُنا : أَنَّهُ لا يَحِلُّ لهُ وطؤُها ، فَلَمْ تَلزمْهُ ، كأُختِ ٱمرأَتِهِ .

---

(١) **الصفاقة** : خلاف السخافة ، كثف نسجه ، فهو صفيق .

(٢) قال النواوي في « الروضة » (٣/ ٥٦٥) : قال في « البيان » : لو قال : اشتر لي جارية أطؤها ، ووصفها ، وبيَّن ثمنها ، فاشترىٰ من تحرم عليه ، أو أُختَ مَن يطؤها . . لم يلزم الموكِّلَ ؛ لأنه غير المأذون فيه .

فرعٌ : [وكَّله أن يتزوج له] :

وإنْ وكَّلهُ أَنْ يتزوَّجَ لهُ ٱمرأَةً عيَّنَها . . صحَّ ، وإنْ وكَّلهُ أَنْ يتزوَّجَ لهُ مَنْ شاءَ . . ففيهِ وجهانِ :

[**أحدُهما**] : قالَ القاضي أبو حامدٍ : يجوزُ لعمومِ إذنهِ .

و[**الثاني**] : قالَ أبو العبّاسِ : لا يجوزُ ؛ لأَنَّ الأَغراضَ تختلفُ ، فلا يجوزُ حتَّىٰ توصفَ .

قالَ الصَيمَريُّ : فلو وكَّلهُ أَنْ يتزوَّجَ لهُ ٱمرأَةً مِنَ العَربِ ، فتزوَّجَ لهُ ٱمرأَةً مِنْ قريشٍ . . صحَّ ، وإنْ وكَّلهُ أَنْ يتزوَّجَ لهُ مِنْ قريشٍ ، فتزوَّجَ لهُ مِنَ العَربِ . . لَمْ يَصِحَّ ، وإنْ وكَّلهُ أَنْ يتزوَّجَ لهُ مِنَ الأَنصارِ ، فتزوَّجَ لهُ مِنَ الأَوسِ ، أَوِ الخزرجِ . . جازَ ، وإنْ قالَ : ٱمرأَةٌ مِنَ الأَوسِ ، فتزوَّجها مِنَ الخزرجِ . . لَمْ يَصِحَّ .

وإنْ وكَّلهُ في خُصومةِ كلِّ مَنْ يخاصِمُهُ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَصِحُّ ، وهوَ قولُ الشيخِ أَبي حامدٍ ، وقد مضىٰ ذِكرُهُ ؛ لأَنَّ الخصومةَ معلومةٌ .

والثاني : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّها تَقِلُّ وتَكثُرُ ، فيَكثُرُ الغَررُ .

مسأَلةٌ : [تعليق الوكالة] :

لا يجوزُ تعليقُ الوكالةِ علىٰ شرطٍ مستقبَلٍ ، مثلِ : أَنْ يقولَ : إذا جاءَ رأسُ الشهرِ . . فقدْ وكَّلتُكَ ببيعِ عبدي .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يَصِحُّ) . وبهِ قالَ بعضُ أَصحابِنا ؛ لمَا رُوِيَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ جهَّزَ جيشَ مُؤْتَةَ ، وقالَ : « ٱلأَميرُ عليكمْ زيدٌ ، فإنْ قُتِلَ . . فجعفرٌ ، فإنْ قُتِلَ . . فعبدُ ٱللهِ بنُ رَواحةَ ، فإنْ ماتَ . . ففلانٌ »[1] . فعلَّقَ تصرُّفَهم علىٰ شرطٍ ، فدلَّ علىٰ

---

(١) أخرجه عن ابن عمر البخاري (٤٢٦١) في المغازي ، باب : غزوة مؤتة من أرض الشام ، وفيه : أَمَّرَ رسول الله ﷺ في غزوة مؤتة زيد بن حارثةِ ، فقال رسول الله ﷺ : « إن قتل زيد . . فجعفر ، وإن قتل جعفر . . فعبد الله بن رواحة » ومن قوله في « الفتح » (٧/ ٥٨٤) : لم أر مَنْ=

جَوازِهِ ، ولأَنَّهُ إِذنٌ في التصرُّفِ ، فجازَ تعليقُهُ علىٰ شرطٍ مستقبَلٍ ، كما لو قالَ : إِذا جاءَ رأسُ الشهرِ . . فقد أَبحتُ لكَ طعامي ، أَو أَمرتكَ أَنْ تأكلَ من طعامي .

ودليلُنا : أَنَّهُ عقدٌ يُملَكُ به التصرُّفُ في حالِ الحياةِ لَمْ يُبنَ علىٰ التغليبِ ، والسرايةِ ، فلَمْ يَجُزْ تعليقُهُ علىٰ شرطٍ ، كالبيعِ ، ويخالفُ التأميرَ ، والإِباحةَ ، فإِنَّهما لا تؤثِّرُ فيهما الجَهالةُ ، بخلافِ الوكالةِ ، ولأَنَّ الملكَ مِنَ اللهِ تعالىٰ ومِنَ الرسولِ يجوزُ أَنْ يتعلَّقَ علىٰ شرطٍ ، ولا يدلُّ علىٰ أَنَّ الأَمرَ فيما بينَنا كذٰلكَ ، أَلا ترىٰ إِلىٰ قولهِ تعالىٰ : ﴿ **فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ** ﴾[1] [البقرة : ٢٣١] ، وقولهِ ﷺ : « مَن أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً . . فَهِيَ لَهُ »[2] ، ولو

= نبَّه علىٰ ذلك من الشراح ، وقد تتبعت ذلك حتىٰ فتح الله بمعرفة المراد ، فوجدت في أول : (جامع باب الشهادتين) مِن « السنن » لسعيد بن منصور قال : حدثنا عبد الله بن وهب ، أخبرني عمر بن الحارث ، عن سعيد بن أبي هلال : أنه بلغه أنَّ ابنَ رواحة . . . فذكر شعراً له ، قال : فلما التقوا أخذ الراية زيد بن حارثة ، فقاتل حتىٰ قتل ، ثم أخذها جعفر ، فقاتل حتىٰ قتل ، ثم أخذها ابن رواحة ، فحاد حيدةً ، فقال :

أقسمت يا نفس لتنزِلنَّهْ
كارهة أو لتطاوعنَّهْ
ما لي أراك تكرهين الجنّهْ

ثم نزل ، فقاتل حتىٰ قتل ، فأخذ خالد بن الوليد الراية ، ورجع بالمسلمين علىٰ حمية ، ورمىٰ واقدُ بنُ عبد الله التيميّ المشركين حتىٰ ردهم الله . قال ابن أبي هلال : وأخبرني نافع ـ فذكر ما أخرجه البخاري وزاد في آخره ـ : (وبلغني أنهم دفنوا يومئذ زيداً وجعفراً وابنَ رواحة في حفرة واحدة) .

وأخرجه أيضاً من طريقي عروة بن الزبير والحكمِ ابنُ كثير في « السيرة النبوية » (٣/ ٤٥٥) غزوة مؤتة .

(١) أوردها المؤلف رحمه الله أو النساخ بغير نظمها في القرآن : (فإذا بلغن) ؟! .

(٢) طرف حديث سلف ، وسيأتي في إحياء الموات بألفاظ متقاربة ، عن كثيرين منهم :

رواه عن سعيد بن زيد أبو داود (٣٠٧٣ وإلىٰ ٣٠٧٥) ، والترمذي (١٣٧٨) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٥٧٦١) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٩٩) في الغضب .

ورواه عن جابر بن عبد الله النسائي في « الكبرىٰ » (٥٧٥٦) وإلىٰ (٥٧٥٨) ، وأحمد في « المسند » (٢/ ٣١٣) ، وابن حبان في « الإحسان » (٥٢٠٢) وإلىٰ (٥٢٠٥) بأسانيد صحيحة ، وفيه : « من أحيا أرضاً ميتة . . فله فيها أجر . . . » . =

قالَ رجلٌ منّا : إذا جاءَ رأسُ الشهرِ ، فقدْ وهبتُكَ هٰذا . . لَمْ يَصِحَّ ؟

إذا ثبتَ هٰذا : فإنْ قلنا : يجوزُ تعليقُ الوكالةِ بشرطٍ ، فإنْ وكَّلهُ بتصرُّفٍ يُجعلُ علىٰ شرطٍ ، فوُجِدَ الشرطُ ، وتصرَّفَ الوكيلُ . . صحَّ تصرُّفُهُ ، وٱستحقَّ المسمَّىٰ .

وإنْ قلنا **بالمذهبِ** ، وإنَّ الوكالةَ لا يجوزُ تعليقُها بشرطٍ ، فوُجِدَ الشرطُ ، وتصرَّفَ الوكيلُ . . قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : ليسَ لهُ أَنْ يتصرَّفَ ، فإنْ تصرَّفَ . . صحَّ تصرُّفُهُ ، ولا يَستحِقُّ المُسمَّىٰ ، وإنَّما يَستحِقُّ أُجرةَ المِثلِ ؛ لأَنَّ التصرُّفَ مأذونٌ فيهِ ، وإنَّما الفسادُ وقعَ في الوكالةِ .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وهٰذا يبعدُ ؛ لأَنَّهُ لو لَمْ يستبحِ التصرُّفَ . . لَمْ يَصِحَّ منهُ ، فلمَّا صحَّ منهُ التصرُّفُ ، ثبتَ أَنَّهُ ٱستباحةٌ بالإِذنِ .

قالَ الشيخُ أَبو إسحاقَ : فإن عقدَ الوكالةَ في الحالِ ، وعلَّقَ التصرُّفَ علىٰ شرطٍ ، بأَنْ قالَ : وكَّلتُكَ أَنْ تبيعَ عبدي بعدَ شهرٍ . . صحَّ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يُعلِّقِ الوكالةَ علىٰ شرطٍ ، وإنَّما علَّقَ التصرُّفَ علىٰ شرطٍ ، فَلَمْ يَمنَع صِحَّةَ التوكيلِ .

مسأَلةٌ : [الوكيل لا يوكِّل إلا بإذنٍ] :

قالَ الشافعيُّ : (وليسَ للوكيلِ أَنْ يوكِّلَ إِلاَّ أَنْ يجعلَ ذٰلكَ إليهِ الموكِّلُ) .

وجملةُ ذٰلكَ : أَنَّهُ إذا وكَّلهُ في تصرُّفٍ ، فإنْ أَذِنَ لهُ أَنْ يوكِّلَ . . جازَ لهُ أَنْ يوكِّلَ ؛ لأَنَّهُ قدْ أَذِنَ لهُ في ذٰلكَ ، ثُمَّ يُنظَرُ فيهِ :

= ورواه عن سمرة أبو داود (٣٠٧٧) و(٣٠٧٨) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٥٧٦٣) ، وفيه : « من أحاط حائطاً علىٰ أرض . . فهي له » .

ورواه عن عائشة النسائي في « الكبرىٰ » (٥٧٥٩) .

ورواه عن الزبير البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٩٩) في الغصب .

ورواه عن عمر موقوفاً البيهقي في« السنن الكبرىٰ » (٦/ ١٤٨) في إحياء الموات .

ورواه عن عروة أبو داود (٣٠٧٦) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٥٧٦٠) بلفظ : أن رسول الله ﷺ قضىٰ : أن الأرض أرض الله ، والعباد عباد الله ، ومن أحيا مواتاً . . فهو أحق به ، جاءنا بهٰذا عن النبي ﷺ الذين جاؤوا بالصلوات عنه .

فإنْ قالَ الموكِّلُ : تُوكِّلُ عَنِّي . . فهما وكيلانِ للموكِّلِ لا تَبطُلُ وكالةُ أَحدِهما بِبُطلانِ وكالةِ الآخرِ .

وإنْ قالَ : توكِّلُ عنِّي فلاناً . . وكَّلهُ ، أَميناً كانَ أَو غيرَ أَمينٍ ؛ لأَنَّهُ قدْ قطعَ ٱجتهادَهُ بالتعيينِ ، وإنْ لَمْ يُعيِّنْ لهُ مَنْ يوكِّلُهُ . . لَمْ يوكِّلْ عنهُ إلاَّ أَميناً ؛ لأَنَّهُ لا نَظرَ للموكِّلِ في توكيلِ غيرِ الأَمينِ .

وإنْ قالَ : توكِّلُ عَنْ نفسِكَ . . فإنَّ الثانيَ وكيلُ الوكيلِ ، فإنْ عَزَلَ الوكيلَ الأَوَّلَ ، أَو ماتَ الأَوَّلُ . . ٱنعزلَ الثاني ؛ لأَنَّهُ فرعٌ لهُ ، فإذا بَطَلتْ وكالةُ الأَصلِ . . بَطَلتْ وكالةُ الفَرعِ ، فإنْ عيَّنَ لهُ مَنْ يُوكِّلُهُ . . وكَّلهُ ، خائناً كانَ أَو أَميناً ، وإنْ أَطلقَ[1] . . لَمْ يُوكِّلْ إلاَّ أَميناً ، فإنْ صارَ الثاني بعدَ ذٰلكَ خائناً . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما الشيخُ أَبو إسحاقَ :

أَحدُهما : للوكيلِ أَنْ يَعزِلَهُ ؛ لأَنَّهُ لا نظرَ للموكِّلِ في ٱستعمالِ مَنْ ليسَ بأَمينٍ .

والثاني : ليسَ لهُ أَنْ يَعزِلَهُ ؛ لأَنَّهُ إنَّما جعلَ إليهِ التوكيلَ ، ولَمْ يَجعَلْ إليهِ العزلَ .

وإنْ وكَّلهُ ، ولَمْ يأذنْ لَهُ في التوكيلِ . . نظرتَ :

فإنْ كانَ ما وُكِّلَ فيهِ مِمَّا يتولاَّهُ الوكيلُ بنفسهِ في العادةِ ، ويَقدِرُ عليهِ . . لَمْ يَصِحَّ توكيلُهُ فيهِ ؛ لأَنَّ الموكِّلَ إنَّما رضيَ بٱجتهادِهِ ونظرِهِ ، دونَ ٱجتهادِ غيرِهِ ونظرِهِ .

فإنْ قيلَ : أَليسَ الوصيُّ يجوزُ لهُ أَنْ يوكِّلَ وإنْ لَمْ يأذنْ لهُ المُوصي في التوكيلِ ؟

قلنا : إنَّما جازَ ذٰلكَ للوصيِّ ؛ لأَنَّهُ يتصرَّفُ بولايةٍ ، بدليلِ : أَنَّهُ يتصرَّفُ فيما لَمْ يَنُصَّ لهُ علىٰ التصرُّفِ فيهِ ، والوكيلُ لا يتصرَّفُ إلاَّ فيما نصَّ لهُ عليهِ .

وإنْ وكَّلهُ في تصرُّفٍ يتولاَّهُ بنفسهِ ، ويَقدِرُ عليهِ ، وقالَ لهُ الموكِّلُ : ٱصنع فيهِ ما شئتَ . . فهلْ لهُ أَنْ يوكِّلَ غيرَهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهوَ قولُ أَبي حنيفةَ ـ : أَنَّهُ يَصِحُّ توكيلُهُ فيهِ ؛ لعمومِ قولهِ : ٱصنع فيهِ ما شئتَ .

---

(١) في نسختين : (لم يعيِّن له من يوكِّله) .

والثاني ـ وهوَ المنصوصُ ـ : (أَنَّهُ لا يَصِحُّ توكيلُهُ فيهِ) ؛ لأَنَّ قولَهُ : ٱصنع فيه ما شئتَ ، يَحتمِلُ علىٰ ما شئتَ مِنَ التوكيلِ ، ويَحتمِلُ ما شئتَ مِنَ التصرُّفِ في المالِ الذي يقتضيهِ إِذنُ الموكِّلِ ، فلا يجوزُ لهُ التوكيلُ بأَمرٍ مُحتمِلٍ ، بدليلِ : أَنَّهُ لا يَملِكُ أَنْ يهبَهُ لغيرِهِ .

وإِنْ كانَ ما وُكِّلَ فيهِ مِمَّا لا يتولاَّهُ بنفسهِ ، كعملٍ لا يُحسِنهُ ، أَو عملٍ يترفَّعُ عنهُ . . فلَهُ أَنْ يوكِّلَ فيهِ غيرَهُ ؛ لأَنَّ توكيلَهُ فيما لا يحسنه أَو فيما يترفَّعُ عنهُ إِذنٌ لهُ في التوكيلِ فيهِ مِنْ طريقِ العُرفِ . هٰذه طريقةُ أَصحابِنا البغداديِّينَ .

وقالَ الخراسانيّونَ : إِذا وكَّلهُ فيما لا يتولاَّهُ بنفسهِ . . فهلْ لهُ أَنْ يوكِّلَ غيرَهُ ؟ فيهِ وجهانِ .

وإِنْ وكَّلَهُ في تصرُّفٍ لا يَقدِرُ علىٰ جميعِهِ بنفسهِ . . فلهُ أَنْ يوكِّلَ فيما لا يَقدِرُ عليهِ منهُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ مأذونٌ لهُ في التوكيلِ فيهِ مِنْ طريقِ العُرفِ ، وهلْ لهُ أَنْ يوكِّلَ في جميعهِ ، أَو في شيءٍ مِمّا يَقدِرُ عليهِ بنفسهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجوزُ ؛ لأَنَّ الوكالةَ ٱقتضتْ جوازَ التوكيلِ فيهِ ، فجازتْ في جميعهِ ، كما لو أَذِنَ لهُ في التوكيلِ بلفظهِ .

والثاني : لا يجوزُ ؛ لأَنَّ التوكيلَ إِنَّما جازَ لهُ فيما تدعوهُ الحاجةُ إِليهِ ، ولا حاجةَ إِلىٰ التوكيلِ فيما يَقدِرُ عليهِ .

فرعٌ : [توكيل اثنين والإذنُ لهما] :

وإِنْ وكَّلَ وكيلينِ في تصرُّفٍ ، كالبيعِ ، والإِجارةِ ، وما أَشبَهَهُما . . نَظرتَ :

فإِنْ صرَّحَ بأَنَّ لكلِّ واحدٍ منهما التصرُّفَ علىٰ الانفرادِ . . كانَ لهُما التصرُّفُ بالاجتماعِ والانفرادِ ؛ لأَنَّهُ قدْ أَذِنَ لهُما بذٰلكَ .

وإِنْ قالَ : وكَّلتُكما علىٰ الاجتماعِ ، أَو وكَّلتُكما في كذا ، أَو أَطلقَ . . لَمْ يكن لأَحدِهما أَنْ ينفردَ بالتصرُّفِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يرضَ بنظرِ واحدٍ مِنهما ، فإِنْ غابَ ، أَحدُهما ، أَو ماتَ . . لَمْ يكنْ للحاكمِ أَنْ يقيمَ آخرَ مقامَ الآخرِ ؛ لأَنَّ الموكِّلَ لَمْ يَرضَ بنظرِ غيرِهِ ،

وإنْ حضرَ أَحدُ الوكيلينِ عندَ الحاكمِ ، والآخَرُ غائبٌ ، وأدَّعىٰ الحاضرُ الوكالةَ لهُ وللغائبِ ، وأقامَ علىٰ ذٰلكَ بيِّنةً . . قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : سَمِعها الحاكمُ ، وحَكمَ بثبوتِ الوكالةِ لهما ، ولَمْ يكنْ للحاضرِ أَنْ يتصرَّفَ حتَّىٰ يَحضُرَ الغائبُ ، فإذا حضرَ الغائبُ . . لَمْ يَحتَجِ إِلىٰ إِعادةِ البيِّنةِ ؛ لأَنَّ الحاكمَ قدْ سَمِعها ، فإنْ قيلَ : هٰذا حكمٌ للغائبِ ؟ قلنا : إِنَّما جازَ ذٰلكَ تَبَعاً لحقِّ الحاضرِ ، كما يجوزُ أَنْ يَحكمَ في الوقفِ لأَهلِ البطنِ الثاني تبعاً لأَهلِ البطنِ الأَوَّلِ .

وإنْ وكَّلَهما في حفظِ مالِهِ ، فإنْ كانَ ممّا لا يَنقسِمُ . . جعلاهُ في حرزٍ لهما ، وإنْ كانَ مِمّا يَنقسِمُ . . فهلْ لهما أَنْ يقسماهُ ؟ فيهِ وجهانِ ، وقد مضىٰ ذٰلكَ في الرهْنِ .

وإنْ وكَّلَ ٱثنينِ في طلاقِ ٱمرأَتهِ علىٰ الاجتماعِ . . لَمْ يكنْ لأَحدِهما أَنْ يَنفردَ بهِ .

وقالَ أَبو حنيفة : (لأَحدِهما أَنْ يَنفرِدَ بهِ) .

دليلُنا : أَنَّهُ تَصرُّفٌ فوَّضهُ إِلىٰ ٱثنينِ ، فلَمْ يكنْ لأَحدِهما أَنْ يَنفرِدَ بهِ ، كالبيعِ .

مسأَلةٌ : [وكّله بأن يخاصم ويثبت حقه] :

إِذا قالَ : وكَّلتُكَ أَنْ تخاصمَ عنِّي وتثبتَ حقوقي ، ولا تُقِرَّ عنِّي ، ولا تصالحَ ولا تُبرِىءَ . . فلهُ أَنْ يخاصمَ ، ويُثبتَ الحقوقَ ، ولا يَملِكُ الإِقرارَ عنهُ ، ولا الصلحَ ، ولا الإِبراءَ بلا خلافٍ ؛ لأَنَّهُ قدْ نهاهُ عَنْ ذٰلكَ .

وإِنْ قالَ : وكَّلتُكَ في الخُصومةِ ، وتَثبيتِ الحقوقِ . . فلا يَملِكُ الإِبراءَ ، ولا الصلحَ ، ولا الإِقرارَ عَنْ موكِّلهِ عندنا ، وبهِ قالَ مالكٌ ، وٱبنُ أَبي ليلىٰ ، وزُفَرُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ ، ومحمدٌ : (إِذا أَقرَّ الوكيلُ أَنَّ الموكِّلَ قدْ قبضَ الحقَّ الذي وكَّلهُ فيهِ في مجلسِ الحكمِ . . قُبلَ إِقرارُهُ عليهِ ، وإِنْ أَقرَّ عليهِ في غيرِ مجلسِ الحكمِ . . لَمْ يُقبلْ إِقراره عليهِ) . وقالَ أَبو يوسفَ : يقبلُ إِقرارُهُ عليهِ في مجلسِ الحكمِ وفي غيرِهِ .

دليلُنا : أَنَّ التوكيلَ في الخُصومةِ يقتضي إِثباتَ الحقِّ ، والإِقرارَ بقبضهِ يقتضي إِسقاطَهُ ، وهوَ ضِدُّ الإِثباتِ ، ومَنْ وُكِّلَ في شيءٍ . . لَمْ يَصِر وكيلاً في ضِدِّهِ ، أَلا ترىٰ

أَنَّهُ لو وكَّلَهُ في النكاحِ . . لَمْ يَملِكِ الطلاقَ ؟ ولأَنَّهُ إقرارٌ علىٰ موكِّلهِ ، فلَمْ يُقبلْ ، كما لو أَقرَّ عليهِ في غيرِ مجلسِ الحكمِ ، أَو نقولُ : معنىً يقطعُ الخُصومةَ ، فلَمْ يَملِكْهُ الوَكيلُ بمطلَقِ الوكالةِ بالخُصومةِ ، كالإقرارِ ، والصلحِ .

فرعٌ : [الموكَّل بإثبات الحق لا يقبض] :

وإنْ وكَّلَ رجلاً في تثبيتِ حقِّهِ علىٰ غيرِه ، فثبَّته . . لَمْ يكنْ لهُ قبضُ الحقِّ ؛ لأَنَّ الوكالةَ بالتثبيتِ لا تقتضي القبضَ ، وإنْ وكَّلَهُ في قبضِ حقٍّ لهُ مِنْ غيرِهِ ، فجَحدَهُ مَنْ عليهِ الحقُّ . . فهلْ للوكيلِ أَنْ يُثبتَهُ ، ويقيمَ عليهِ البيِّنةَ ، ويَستحلِفَ المدَّعىٰ عليهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لهُ ذٰلكَ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ؛ لأَنَّ تثبيتَ الحقِّ طريقٌ إِلىٰ القبضِ ومِنْ أَسبابهِ ، فٱستفادهُ بالإذنِ بالقبضِ .

والثاني : ليسَ لهُ ذٰلكَ ، وبهِ قالَ أَبو يوسفَ ، ومحمَّدٌ ، ورُويَ أَيضاً عَنْ أَبي حنيفةَ ؛ لأَنَّ الإذنَ بالقبضِ ليسَ بإذنٍ في الخُصومةِ ؛ لأَنَّهُ قدْ يكونُ أَميناً في القبضِ ، ولا يُحسِنُ الخُصومةَ .

وإنْ وكَّلهُ في قبضِ عينٍ لهُ مِنْ رجلٍ ، فجحدَها مَنْ هيَ في يدِهِ . . قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : **فالذي يقتضي المذهبُ** : أَنَّ الوكيلَ هلْ يَملِكُ الخصومةَ فيها ؟ علىٰ الوجهينِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يَملِكُ ؛ لأَنَّهُ وكيلٌ في النقلِ لا في الإثباتِ ، كنقلِ الزوجةِ) .

ووجهُ ما قلناهُ : أَنَّ القبضَ في العينِ كالقبضِ في الدَّينِ ، فإذا جازَ لهُ الخصومةُ في الدَّينِ بالوكالةِ بالقبضِ ، فكذٰلكَ بالعينِ ، ويخالفُ نقلَ الزوجةِ ، فإنَّ ذٰلكَ ليسَ بقبضٍ ، وإنْ وكَّلهُ ببيعِ دارِه ، أَو بقسمةِ نصيبهِ منهُ ، أَو طلبِ الشُّفعةِ ، فجَحدَ مَنْ هوَ في يدهِ . . فقدْ قالَ بعضُ أَصحابِنا : إنَّهُ لا يملِكُ تثبيتَها . قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وعندي أَنَّها علىٰ الوجهينِ في الدَّينِ .

فرعٌ : [الموكَّل في البيع يسلِّم المباع] :

وإنْ وكَّلَ رجلاً في بيعِ سِلعةٍ.. كانَ للوكيلِ تسليمُها ؛ لأَنَّ التوكيلَ في البيعِ يقتضي التسليمَ ، ولا يَملِكُ الوكيلُ الإبراءَ مِنَ الثَّمَنِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ لا تقتضيهِ الوكالةُ ، فإنْ أَبرأَ الوكيلُ المشتريَ مِنَ الثَّمَنِ.. لَمْ يَصِحَّ إبراؤُهُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يَصِحُّ إبراؤُهُ ، ويَضمنُهُ للموكِّلِ) .

دليلُنا : أَن الوَكالةَ بالبيعِ توكيلٌ في إثباتِ الثَّمَنِ ، والبراءَةَ إسقاطٌ لهُ ، فَلَمْ تَصِحَّ ، كما لو وكَّلهُ في قبضِ دَينهِ.. فإنَّهُ لا يَصِحُّ إبراؤُهُ منهُ ، وهلْ يَملِكُ الوكيلُ في البيعِ قبضَ الثَّمَنِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : ليسَ لهُ قبضُ الثَّمَنِ ؛ لأَنَّهُ قد يرضاهُ للبيعِ ، ولا يَرضاهُ للقبضِ .

والثاني : لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ موجَبَ البيعِ قبضُ الثَّمَنِ ، وتسليمُ المبيعِ .

فإذا قُلنا بهٰذا : لَمْ يكنْ لهُ أَنْ يُسلِّمَ المبيعَ إلاَّ بعدَ أَنْ يَقبِضَ الثَّمَنَ ، فإنْ سلَّمهُ ، ولَمْ يَقبِضِ الثَّمَنَ.. ضَمِنَهُ إذا كانَ الثَّمَنُ حالاًّ ، فإنْ قلنا : ليسَ لهُ قبضُ الثَّمَنِ.. كانَ لهُ تسليمُ المبيعِ مِنْ غيرِ أَنْ يَقبِضَ الثَّمَنَ ، ولا يَضمَنُ الثَّمَنَ بإعسارِ المشتري .

قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : وكذٰلكَ إذا وكَّلهُ بالشراءِ.. فإنَّهُ يُسلِّمُ الثَّمَنَ ، وهلْ يتسلَّمُ المبيعَ ؟ علىٰ الوجهينِ .

قالَ : إلاَّ أَنَّ **أَصحَّ الوجهينِ** : أَنَّهُ إذا ٱقتضتِ الوَكالةُ التسليمَ.. ٱقتضتِ التسلُّمَ .

وإنْ وكَّلهُ بالبيعِ وقَبضِ الثَّمَنِ ، أَو قلنا : لهُ أَنْ يَقبِضَ الثَّمَنَ بمقتضىٰ الوَكالةِ في البيعِ.. فللوكيلِ والموكِّلِ أَنْ يطالبا المشتريَ بالثَّمَنِ ، وأَيُّهما قَبَضَ الثَّمَنَ.. صحَّ قبضُهُ وبَرِىءَ منهُ المشتري .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (ليسَ للموكِّلِ المطالبةُ بالثَّمَنِ) .

دليلُنا : أَنَّ الموكِّلَ يَصِحُّ قبضُهُ للثَّمَنِ ، فجازتْ مطالبتُهُ بهِ كسائرِ ديونهِ التي لَمْ يوكِّل غيرَهُ بها .

فرعٌ : [وكله في شراء فيمتلك الخصومة] :

وإنْ وكَّلهُ في شراءِ عبدٍ بثَمَنٍ ، فاْشتراهُ ، وسلَّمَ الثَّمَنَ ، ثُمَّ اْستُحِقَّ العبدُ . . فهلْ يَملِكُ الوكيلُ الخُصومةَ في دَرَكِ الثَّمنِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَملِكُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ قد يرضاهُ للشراءِ ، ولا يرضاهُ للخصومةِ .

والثاني : لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ مِنْ أَحكامِ العقدِ .

مسأَلةٌ : [وكَّله في شيءٍ معيَّن] :

وإنْ وكَّلهُ في بيعِ عبدِهِ يومَ الجُمُعةِ . . لَمْ يَملِكِ الوَكيلُ بيعَهُ يومَ الخميسِ ، ولا يومَ السبتِ ؛ لأَنَّ إِذنَهُ في البيعِ يومَ الجُمُعةِ لا يتناولُ ما قَبلَهُ ولا ما بعدَهُ ، وهٰكذا إِذا وكَّلهُ في إِعتاقِ عبدِهِ بيومٍ مخصوصٍ . . لَمْ يَجُزْ لهُ إِعتاقُهُ قَبلَ ذٰلكَ اليومِ ولا بعدَهُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يَصِحُّ إِعتاقُهُ بعدَه) .

ودليلُنا : أَنَّ التوكيلَ مُؤقَّتٌ في إِعتاقهِ ، فلَمْ يَجُزْ تغييرُهُ ، كما لو أَعتقهُ قَبلَ الوقتِ المعيَّنِ لهُ ، وحكىٰ اْبنُ الصبَّاغِ : أَنَّ الداركيَّ قالَ : إِذا وكَّلهُ في طلاقِ اْمرأَتهِ يومَ الجُمُعةِ ، فطلَّقها يومَ الخميسِ . . لَمْ يَقَع طلاقُهُ ، ولو طلَّقها يومَ السبتِ . . وقعَ طلاقُهُ ؛ لأَنَّهُ إِذا طلَّقها يومَ الجُمُعةِ تكونُ مطلَّقةً يومَ السبتِ ، بخلافِ الخميسِ ، وإنْ وكَّلهُ في بيعِ سلعةٍ بسوقٍ معيَّنٍ ، فباعها الوكيلُ في غيرِهِ ، فإنْ كانَ الثَّمَنُ في السوقِ المعيَّنِ أَكثرَ ، أَوِ النقدُ فيهِ أَجودَ . . لَمْ يَصِحَّ البيعُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ غيرُ مأذونٍ فيهِ ، وإنْ كانَ الثَّمَنُ فيهما واحداً ، والنقدُ واحداً . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ لمَّا نصَّ لهُ عليهِ دلَّ علىٰ غَرضٍ قَصَدَهُ مِنْ يمينٍ وغيرِها[1] ، فَلَمْ يَجُزْ مخالفتُهُ .

والثاني ـ وهوَ المشهورُ ـ : أَنَّهُ يَصِحُّ ؛ لأَنَّ المقصودَ فيهما واحدٌ .

---

(١) عبارة « المهذب » كما في « تكملة المجموع » (١٣/ ٤٨٨) : لا يجوز ؛ لأَنَّه لمَّا نصَّ عليه دلَّ علىٰ أنه قصد عينه لمعنىً هو أعلم به من يمين وغيرها .

وإنْ وكَّلهُ في البيعِ مِنْ زيدٍ ، فباعَ مِنْ عَمرٍو . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأنَّهُ قَصدَ تخصيصَهُ بالمِلكِ بخلافِ السوقِ ، فإنَّ المقصودَ منهُ الثَّمَنُ ، وذٰلكَ يحصُلُ مِنَ المعيَّنِ وغيرِهِ .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٢٩٠] : ولو وكَّلهُ أَنْ يزوِّجَ ابنتَهُ مِنْ زيدٍ ، فزوَّجها مِنْ وكيلِ زيدٍ . . صحَّ النكاحُ ، ولو وكَّلهُ أَنْ يبيعَ عبدَهُ مِنْ زيدٍ فباعهُ مِنْ وكيلِ زيدٍ . . لَمْ يَصِحَّ البيعُ ، والفرقُ بينهما : أَنَّ النكاحَ لا يَقبلُ نقلَ المِلكِ ، والشراءَ يَقبلُ نقلَ المِلكِ ، ولهٰذا يقولُ وكيلُ النكاحِ : زَوِّج موكِّلي ، ولا يقولُ : زَوِّجني لموكِّلي ، وفي البيعِ يَصِحُّ أَنْ يقولَ : بعني لموكِّلي .

فرعٌ : [وكَّل من يقبض الدين] :

وإنْ وكَّلَ رجلاً ليَقبِضَ لهُ دَينَهُ ، فماتَ مَنْ عليهِ الدَّينُ . . فهلْ للوكيلِ أَنْ يَقبِضَ مِنْ وارثِهِ ؟ نظرتَ :

فإنْ قالَ الموكِّلُ : وكَّلتُكَ تَقبِضُ حقِّي مِنْ فلانٍ ، أَو خُذْ مالي مِنْ فلانٍ . . لَمْ يكنْ لهُ أَنْ يَقبِضَ مِنْ وارثِهِ ؛ لأَنَّهُ قد لا يرضىٰ أَنْ يكونَ مالُهُ عندَهُ ، ويَرضىٰ أَنْ يكونَ عندَ وارثِهِ ، فلا يكونُ التوكيلُ في القبضِ منهُ إذناً في التوكيلِ بالقبضِ مِنْ وارثِهِ .

وإنْ قالَ : وكَّلتُكَ في قبضِ حقِّي علىٰ فلانٍ . . كانَ لهُ القبضُ مِنْ وارثِهِ ؛ لأَنَّهُ قصدَ أَخذَ مالِهِ ، وذٰلكَ يتناولُ الأَخذَ منهُ ومِنْ وارثِهِ .

وإنْ وكَّلَ رجلاً في قبضِ دَينِه مِنْ فلانٍ ، فوكَّلَ مَنْ عليهِ الدَّينُ رجلاً بتسليمِ ما عليهِ . . كانَ للوكيلِ القبضُ منهُ ؛ لأَنَّ دَفْعَهُ بإذنِهِ بمنزلةِ دفعِهِ .

مسأَلةٌ : [الوكالة بالبيع إلىٰ أجل معين] :

إذا قالَ : وكَّلتُكَ ببيعِ عبدي بثَمَنٍ إلىٰ العطاءِ ، أَو إلىٰ الحصادِ . . فهٰذهِ وكالةٌ فاسدةٌ ، فإنْ باعهُ الوَكيلُ كما أُمرَ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّ الشرعَ لَمْ يأذنْ فيهِ ، وإنْ باعهُ بيعاً صحيحاً . . لَمْ يَصِحَّ البيعُ ، وبهِ قالَ أَبو يوسفَ . وقالَ أَبو حنيفةَ : (يَصِحُّ) .

دليلُنا : أَنَّهُ توكيلٌ في عقدٍ فاسدٍ ، فلَمْ يَملِكْ بهِ العقدَ الصحيحَ ، كما لو وكَّلهُ بالبيعِ بخمرٍ أَو خِنزيرٍ ، فباعَهُ بدراهمَ . . فإِنَّهُ لا يَصِحُّ ، وقد وافقَ أَبو حنيفةَ علىٰ هٰذا .

مسأَلةٌ : [شراء المتصرف في أموال الغير لنفسه] :

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ تعالىٰ : (ولا يجوزُ للوكيلِ والوصيِّ أَنْ يشتريَ مِنْ نفسهِ) . **وجملةُ ذٰلكَ** : أَنَّ المتصرِّفينَ في أَموالِ غيرِهمْ ستّةٌ : الأَبُ ، والجدُّ ، ووصيُّهما ، والحاكمُ ، وأَمينُهُ ، والوكيلُ ، وقدِ ٱختلفَ الناسُ هلْ يجوزُ لهمْ أَنْ يشتروا مِنْ أَنفسِهم ، ويبيعوا ؟ علىٰ أَربعةِ مذاهبَ :

فـ[**الأول**] : ذهبَ الشافعيُّ إلىٰ : (أَنَّهُ يجوزُ للأَبِ والجدِّ أَنْ يبيعَ مِنْ نفسهِ مالَ ٱبنهِ الصغيرِ ، ويشتريَ لهُ مِنْ نفسهِ ، وقدْ مضىٰ ذكرُ ذٰلكَ ، ولا يجوزُ لغيرِهما) .

و[**الثاني**] : قالَ مالكٌ ، وأَبو حنيفةَ : (يجوزُ للأَبِ والجدِّ ، ووصيِّهما) .

و[**الثالثُ**] : قالَ الأَوزاعيُّ : (يجوزُ ذٰلكَ للجميعِ) . وحكىٰ أَصحابُ مالكٍ ذٰلكَ عنهُ .

و[**الرابع**] : قالَ زفرُ : لا يجوزُ ذٰلكَ لواحدٍ منهم .

دليلُنا : أَنَّ غيرَ الأَبِ والجدِّ تَلحَقُهُمُ التُّهَمَةُ ، ويتنافىٰ الغَرضانِ في بيعهِمْ مِنْ أَنفسِهمْ ، فلَمْ يَصِحَّ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإِنَّهُ لا يجوزُ للوكيلِ أَنْ يشتريَ مالَ موكِّلهِ لابنهِ الصغيرِ ، ولا لمَنْ يلي عليهِ بوصيَّةٍ ، أَو وكالةٍ ؛ لأَنَّهُ بيعٌ مِنْ نفسهِ ، وهلْ يَصِحُّ بيعُهُ مِنِ ٱبنهِ الكبيرِ ، أَو أَبيهِ ، أَو أُمِّهِ ، أَو مكاتَبهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَصِحُّ ؛ لأَنَّ القابلَ غيرُهُ .

والثاني : لا يَصِحُّ : لأَنَّهُ تلحقُهُ التُّهَمَةُ في ذٰلكَ ، ولهٰذا لا تُقبلُ شهادتُهُ لواحدٍ منهمْ .

وإِنْ باعَ مِنْ عبدهِ المأذونِ لهُ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ بيعٌ مِنْ نفسهِ ، وإِنْ باعَ مِنْ

زوجتِهِ ، أَو أَحدِ قرابتهِ غيرِ الوالدينِ والمولودينَ . . صحَّ البيعُ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّهُ لا تَلحَقُهُ في ذٰلكَ تُهَمَةٌ .

وإِنْ وكَّلهُ أَنْ يبيعَ مِنْ نفسهِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهو قولُ أَبي العبّاسِ ـ : يَصِحُّ البيعُ ، كما يَصِحُّ أَنْ يُوكِّلَ المرأَةَ في طلاقِها .

و[**الثاني**] : **قالَ سائرُ أَصحابِنا** : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّهُ يَجتمعُ فيهِ غَرضانِ متضادّانِ ، الاستقصاءُ للموكِّلِ في الثَّمَنِ ، والاسترخاصُ لنفسِهِ ، ويخالفُ الطلاقَ ، فإِنَّهُ يَصِحُّ بالزوجِ وحدَهُ .

وقالَ الطبريُّ : وكذٰلكَ إِذا وكَّلهُ أَنْ يَهَبَ مِنْ نفسهِ ، أَو يُبرِّىءَ نفسَهُ . . فعلىٰ الوجهينِ .

قالَ المَحامليُّ : وكذٰلكَ إِذا زوَّجَ نفسَهُ مِنِ ٱبنةِ عمِّهِ بإِذنِها ، أَو كاتبَ العبدُ نفسَهُ علىٰ نَجمينِ بإِذنِ سيِّدِهِ . . فعلىٰ الوجهينِ .

وإِنْ وكَّلهُ في إِبراءِ غُرَمائهِ مِنْ دَينهِ ، وكانَ الوكيلُ مِنْ غُرَمائهِ . . لَمْ يكنْ لهُ أَنْ يُبرِّىءَ نفسَهُ ، وجهاً واحداً .

وإِنْ وكَّلهُ في تفرقةِ ثُلُثهِ علىٰ الفقراءِ والمساكينِ . . لَمْ يكنْ لهُ أَنْ يَصرِفَ علىٰ نفسهِ مِنْ ذٰلكَ شيئاً وإِنْ كانَ فقيراً ؛ لأَنَّهُ مخاطبٌ في أَنْ يخاطبَ غيرَهُ ، فلا يدخلُ في خطابِ غيرِهِ ، كما قلنا فيهِ إِذا وكَّلهُ في البيعِ وأَطلقَ . . فليسَ لهُ أَنْ يبيعَ مِنْ نفسِهِ .

وإِنْ وكَّلهُ بالبيعِ مِنِ ٱبنهِ الكبيرِ أَو أَحدِ والديهِ أَو مكاتَبهِ . . صحَّ ذٰلكَ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّ التُّهَمَةَ ٱنتفتْ عنهُ ، وإِنْ وكَّلهُ أَنْ يبيعَ مِنْ عبدهِ المأذونِ لهُ . . ٱحتملَ أَنْ يكونَ علىٰ الوجهينِ إِذا وكَّلهُ أَنْ يبيعَ مِنْ نفسهِ ؛ لأَنَّ البيعَ لهُ .

وإِنْ وكَّلهُ عمرٌو أَنْ يشتريَ لهُ عبداً مِنْ زيدٍ ، ووكَّلهُ زيدٌ في بيعهِ مِنْ عَمرٍو . . فٱختلفَ أَصحابُنا فيهِ :

فقالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فيهِ وجهانِ ، كما لو وكَّلهُ أَنْ يبيعَ مِنْ نفسِهِ .

وقالَ الشيخانِ ، أبو حامدٍ ، وأبو إسحاقَ : لا يَصِحُّ ذٰلكَ ، وجهاً واحداً لتضادِّ الغَرضينِ ؛ لأنَّ عليهِ الاستقصاءَ للبائعِ بالثَّمَنِ ، والاسترخاصَ للمشتري .

وإنْ وكَّلَ رجلاً في خُصومةِ رجلٍ ، ووكَّلهُ الآخرُ في خُصومتهِ . . ففيهِ وجهانِ :

أحدُهما : يَصِحُّ ؛ لأنَّ الحُكمانِ[1] لا يتضادَّانِ ؛ لأنَّ الخُصومةَ هوَ أنْ يَذكرَ حُجَّةَ كلِّ واحدٍ منهما ، ويَعرِضَها علىٰ الحاكمِ ، وذٰلكَ ممكنٌ مِنَ الواحدِ .

والثاني : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ علىٰ الوكيلِ أنْ يحتالَ في إبطالِ حجَّةِ مَنْ وكَّلَ في إبطالِ خُصومتِهِ[2] والقَدْحِ فيها ، وتصحيحِ حُجَّةِ موكِّلهِ ، وهٰذا مِمَّا يَجتمعُ فيهِ غَرضَانِ متضادَّانِ ، فَلَمْ يَصِحَّ .

فرعٌ : [توكيل عبد غيره في شراء] :

وإنْ وكَّلَ رجلٌ عبداً لغيرِهِ ، ليشتريَ لهُ نفسَهُ ، أَو عبداً غيرَهُ مِنْ سيِّدهِ . . ففيهِ وجهانِ :

أحدُهما : يَصِحُّ ، كما لو وكَّلهُ أنْ يشتريَ لهُ مِنْ غيرِ سيِّدهِ .

والثاني : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ يدَهُ كيدِ سيِّدهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كما لو وكَّلَ السيِّدَ نفسَهُ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فإذا قلنا : لا يَصِحُّ . . فلا كلامَ ، وإنْ قلنا : يَصِحُّ ، فإنْ ذَكرَ العبدُ في الشراءِ : أنَّهُ يشتري لغيرِهِ في العقدِ . . كانَ للذي سَمّاهُ ، وإنْ أطلقَ وٱدَّعىٰ أنَّهُ ٱشترىٰ لغيرِهِ ، فإنْ صدَّقهُ السيِّدُ . . كانَ لهُ مطالبةُ الموكِّلِ بالثَّمنِ ، وإنْ كذَّبهُ ، وقالَ : بَلِ ٱشتريتَ لنفسِكَ . . حلَفَ السيِّدُ : أنَّهُ لا يعلمُ أنَّهُ ٱشتراهُ لغيرِهِ ؛ لأنَّ الظاهرَ أنَّهُ ٱشتراهُ لنفسهِ ، ويَعتِقُ ، ويطالبُهُ بالثَّمَنِ . **والذي يقتضي المذهبُ** : أنَّهُ لا يَعتِقُ إذا صدَّقَ الموكِّلُ العبدَ أنَّهُ وكَّلهُ في الشراءِ ، أَو أنَّهُ ٱشترىٰ لهُ .

---

(١) في (م) : (الأحكام) .
(٢) خصومته : أي خصومة خصمِهِ .

مسأَلَةٌ : [توكيل العبد في شراء سلعة موصوفة] :

وإِنْ وكَّلهُ أَنْ يشتريَ لهُ سلعةً موصوفةً ، مِثلَ : أَنْ يقولَ : ٱبتع لي عبداً حبشيّاً أَو زِنجيّاً ، أَو ثوباً هَرويّاً أَو مَرويّاً . . لَمْ يَجُزْ لهُ أَنْ يبتاعَ معيباً مِنْ ذٰلكَ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يجوزُ ؛ لعمومِ أَمرِهِ ، كما يجوزُ ذٰلكَ للعاملِ في القراضِ) .

دليلُنا : أَنَّ إِطلاقَ البيعِ يقتضي السلامةَ مِنَ العَيبِ ، كما إِذا باعَ سِلعةً ، فوجدَها المشتري مَعيبةً . . فلَهُ ردُّها ، ويخالفُ العاملَ في القراضِ ؛ لأَنَّ المقصودَ هناكَ شراءُ ما يَرْبَحُ فيهِ ، وقدْ يكونُ الرِّبحُ في شراءِ المَعيبِ ، بخلافِ ما يشتريهِ لغيرِ القِراضِ ، فإِنَّ المقصودَ بهِ القُنيةُ ، والمعيبُ لا يُقتنىٰ .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنِ ٱشترىٰ الوكيلُ مَعيباً معَ علمهِ بأَنَّهُ مَعيبٌ . . لَمْ يَصِحَّ الشراءُ للموكِّلِ ؛ لأَنَّهُ خالفَ مقصودَ إِذنهِ .

وإِنِ ٱشتراهُ ولَمْ يعلَمْ أَنَّهُ مَعيبٌ ، ثُمَّ علِمَ أَنَّهُ مَعيبٌ . . صحَّ الشراءُ للموكِّلِ ، فإِنْ علِمَ الموكِّلُ بهِ ورضيَ بهِ معيباً . . لَمْ يَجُزْ للوكيلِ رَدُّهُ ؛ لأَنَّ المِلكَ للموكِّلِ ، وقدْ رضيَهُ مَعيباً ، وإِنْ لَمْ يَعلمْ بهِ الموكِّلُ . . فللوكيلِ أَنْ يرِدَّهُ بالعيبِ ؛ لأَنَّ حكمَ العقدِ يتعلَّقُ بهِ ، بدليلِ : أَنَّ حقَّ القَبولِ لهُ ، فكانَ لهُ ردُّ المعيبِ ، كما لو ٱشتراهُ لنفسهِ ، ولأَنَّ كونَ المبيعِ مَعيباً أَدخلَ علىٰ موكِّلهِ ظُلامةً ، فكانَ لهُ رفعُها ، فإِذا أَرادَ الوكيلُ الردَّ ، فقالَ لهُ البائعُ : لا تَرُدَّ حتَّىٰ تستأذِنَ الموكِّلَ فلعلَّهُ يرضىٰ بالعيبِ ، فإِنْ لَمْ يَرضَهُ قَبِلتُهُ مِنكَ . . لَمْ يَلزمِ الوكيلَ تأخيرُ الردِّ ؛ لأَنَّهُ حقٌّ تعجَّلَ لهُ ، فلَمْ يَلزمْهُ تأخيرُهُ ، فإِنْ أَخَّرَ الوكيلُ الردَّ بهٰذا الشرطِ . . فهلْ يَسقطُ حقُّهُ في الردِّ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَسقُطُ ؛ لأَنَّهُ تَركَ الردَّ معَ إِمكانهِ .

والثاني : لا يَسقُطُ ؛ لأَنَّهُ إِنَّما أَخَّرَ الردَّ بشرطٍ .

فإِنْ قالَ البائعُ للوكيلِ : لا تَردَّ فلعلَّ موكِّلَكَ قَد بلَغَهُ الشراءُ والعيبُ ورَضيَ بهِ . . فالقولُ قولُ الوكيلِ مِنْ غيرِ يمينٍ ؛ لأَنَّ البائعَ لَمْ يَدَّعِ عليهِ شيئاً ، وإِنْ قالَ البائعُ : قد عَلِمَ الموكِّلُ ورَضِيَ بهِ ، فإِنْ أَقامَ البيِّنةَ بذٰلكَ . . لَمْ يكنْ للوكيلِ الردُّ ؛ لأَنَّ المِلكَ

للموكِّلِ ، وقد رَضِيَ بهِ ، وإنْ لَمْ يكنْ معَ البائعِ بيِّنةٌ وٱدَّعىٰ أنَّ الوكيلَ يَعلَمُ ذٰلكَ . . فالقولُ قولُ الوكيلِ معَ يمينهِ ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ رِضىٰ البائعِ ، ويَحلِفُ الوكيلُ : أنَّهُ لا يَعلَمُ أنَّ الموكِّلَ قد عَلِمَ ذٰلكَ ورَضِيَهُ ، ولا يَحلِفُ علىٰ القطعِ ؛ لأنَّهُ يَحلِفُ علىٰ نفي فعلِ غيرِهِ .

فإذا رَدَّ الوكيلُ ، ثُمَّ حضَرَ الموكِّلُ ، وقالَ : قَدْ كنتُ عَلِمتُ بالشراءِ والعيبِ ، ورضيتُ بهِ ، فإنْ صدَّقهُ البائعُ علىٰ ذٰلكَ أَو كذَّبهُ ، وأَقامَ الموكِّلُ علىٰ ذٰلك بيِّنةً . . لَمْ يَقع ردُّ الوكيلِ موقعَهُ ، وكانَ للموكِّلِ ٱسترجاعُ المبيعِ ؛ لأنَّ ردَّ الوكيلِ إنَّما يَصِحُّ إذا لَمْ يرضَ بهِ الموكِّلُ ، وقدْ ثَبتَ رضاهُ .

وإنْ رضيَ بهِ الوكيلُ معيباً ، أَو تَركَ الردَّ معَ إمكانهِ . . سَقطَ حقُّهُ مِنَ الردِّ ؛ لأنَّ ردَّ المبيعِ إذا كانَ معيباً . . إنَّما يكونُ علىٰ الفورِ ، فإنْ حضَرَ الموكِّلُ ورَضيَ بهِ معيباً ، أَوْ أَقرَّ : أَنَّهُ كان قدْ عَلِمَ بهِ ورَضِيهُ ، أَو قامتْ بهِ بيِّنةٌ عليهِ . . ٱستقرَّ البيعُ . وإنْ لَمْ يَرضَ بهِ الموكِّلُ . . نَظرتَ في الوكيلِ :

فإنْ ذَكرَ في الشراءِ : أَنَّهُ يشتري لموكِّلهِ ، أَو نوىٰ : أَنَّهُ يشتري لهُ ، وصدَّقهُ البائعُ علىٰ ذٰلكَ . . ثَبتَ للموكِّلُ الردُّ ؛ لأنَّ المِلكَ لهُ .

وإنْ لَمْ يَذكرهُ الوكيلُ في الشراءِ ، ولا صدَّقهُ البائعُ أَنَّهُ نواهُ . . فالقولُ قولُ البائعِ معَ يمينهِ : أَنَّهُ لا يَعلمُ أَنَّ الوكيلَ ذَكرَ الموكِّلَ في الشراءِ ، ولا نوىٰ الشراءَ لهُ ؛ لأنَّ الظاهرَ أَنَّ الوكيلَ ٱشتراهُ لنفسِهِ ، فإذا حلَفَ البائعُ . . ٱنقطعتِ الخُصومةُ بينَهُ ، وبينَ الوكيلِ ، وتبقىٰ الخُصومةُ بينَ الوكيلِ والموكِّلِ ، وهَلْ تلزمُ السلعةُ الوكيلَ ، أَوِ الموكِّلَ ؟ ذَكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ : أَنَّ السِّلعةَ تَلزمُ الموكِّلَ . وذَكرَ في « المهذَّبِ » : أَنَّها علىٰ وجهينِ :

أَحدُهما ـ وهوَ المنصوصُ ـ : (أَنَّها تلزمُ الوكيلَ) .

والثاني : تلزمُ الموكِّلَ .

والذي تبيَّنَ لي : أَنَّ الشيخَ أَبا حامدٍ أَرادَ بذٰلكَ : إذا تصادقَ الوكيلُ والموكِّلُ : أَنَّ الشراءَ وَقعَ بعينِ مالِ الموكِّلِ ، وأَنَّ الشيخَ أَبا إِسحاقَ أَرادَ : إذا تصادقا : أَنَّ الشراءَ

وَقعَ بثَمَنٍ في ذمَّةِ الوكيلِ ؛ لأَنَّهُ قال : **المنصوصُ** : (أَنَّ السِّلعةَ تلزمُ الوكيلَ) لأَنَّهُ ٱبتاعَ في الذمَّةِ ما لَمْ يَأْذَنْ لهُ فيهِ ، ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : تَلزمُ الموكِّلَ ؛ لأَنَّ العقدَ وقعَ لهُ ، وقَدْ تعذَّرَ الردُّ بتفريطِ الوكيلِ .

فإذا قلنا : إِنَّ السِّلعةَ تَلزمُ الوكيلَ . لَزمهُ أَنْ يَغرَمَ للموكِّلِ ما سلَّمَ إِليهِ مِنَ الثَّمَنِ بالغاً ما بلغَ .

وإِنْ قلنا : إِنَّ السِّلعةَ تلزمُ الموكِّلَ . لَزِمَ الوكيلَ أَنْ يَغرَمَ لهُ الأَرْشَ ؛ لأَنَّهُ دخلَ النقصُ علىٰ الموكِّلِ بتفريطِ الوكيلِ ، وفي قدرهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تقوَّمُ السِّلعةُ صحيحةً ، ثُمَّ تقوَّمُ معيبةً ، فإِنْ نَقَصَها العيبُ العُشْرَ مِنْ قيمتِها . رَجَعَ عليهِ بعشْرِ الثَّمَنِ ، كما قلنا في الردِّ بالعيبِ .

و[**الثاني**] : قالَ أَبو يحيىٰ البلخيُّ : يُنظرُ كم قيمةُ السِّلعةِ ، وكمِ الثَّمَنُ الذي دَفعهُ الموكِّلُ ؟ فإِنْ كانا سواءً ، أَو قيمةُ السِّلعةِ أَكثرَ . لَمْ يَرجع عليهِ بشيءٍ ، وإِنْ كانتْ قيمةُ السِّلعةِ تسعينَ ، والثَّمَنُ مئةً . رَجَعَ عليهِ بعشَرةٍ ، كما قلنا في شاهدينِ شَهِدا علىٰ رجلٍ : أَنَّهُ ٱشترىٰ عبداً بمئةٍ ، فحكَمَ عليهِ الحاكمُ ، وأَلزمَهُ الثمنَ ، ثُمَّ رجَعا عنِ الشهادَةِ ، فإِنَّ المشتريَ يرجعُ عليهما بمَا نقصَ مِنْ قيمةِ العبدِ عنِ الثمنِ وهُو المئةُ .

والأَوَّلُ أَصحُّ ؛ لأَنَّهُ عيبٌ فاتَ الردُّ بِهِ مِنْ غيرِ رضاهُ ، فرجعَ عليهِ بما ذكرناهُ ، كما لو ٱشترىٰ عيناً ، فوجدَ بِها عَيباً بعدَ أَنْ حدَثَ بِها عيبٌ بيدِهِ ، ويخالفُ[1] الشاهدينِ ؛ لأَنَّهما لم يُفوِّتا علىٰ المشتري الردَّ بالعيبِ ، وإِنَّما غرَّماهُ الثمنَ .

وإِنْ وكَّلَ رجلٌ رجلاً ليشتريَ لهُ سِلْعةً بعينِها مِنْ رَجُلٍ ، فٱشتراها ، ووجدَ بِها الوكيلُ عيباً لم يعلَمْ بهِ المُوكِّلُ . فهلْ للوكيلِ أَنْ يردَّها ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدهما : لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ حُكمَ العَقدِ بهِ يتعلَّقُ ، فكانَ لهُ الردُّ ، كمَا لو وكَّلهُ في ٱبتياعِ سلعةٍ موصوفةٍ .

فعلىٰ هٰذا : حكمُها حكمُ السِّلْعةِ المَوصوفَةِ ، وقدْ مضىٰ .

والثاني : ليسَ لهُ الرَّدُ ؛ لأَنَّهُ قطعَ ٱجتهادَهُ بتعْيينها . **والأَوَّلُ هو المنصُوصُ** .

---

(١) في (م) : (حلَّفَ) .

مسألةٌ : [وكِّل ببيع عبد فباع بعضه] :

وإنْ وكَّلهُ ببيعِ عبدٍ ، فباعَ الوكيلُ بعضَهُ . . نَظرتَ :

فإنْ لَمْ يُقدِّرِ الموكِّلُ الثَّمَنَ ، أَو قَدَّرَ لهُ الثَّمَنَ ، فباعَ بعضَهُ بأَقلَّ مِنَ الثَّمَنِ المقدَّرِ . . لَمْ يَصِحَّ البيعُ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يَصِحُّ البيعُ) .

دليلُنا : أَنَّهُ بيعٌ غيرُ مأذونٍ فيهِ ؛ لأَنَّ علىٰ الموكِّلِ ضرراً في الشَّركةِ في العبدِ .

وإنْ قالَ لهُ : بِع جميعَ العبدِ بمئةٍ ، فباعَ بعضَهُ بالمئةِ . . صحَّ البيعُ ؛ لأَنَّهُ بيعٌ مأذونٌ فيهِ مِنْ طريقِ العُرفِ ؛ لأَنَّ مَنْ يرضىٰ ببيعِ العبدِ بمئةٍ يرضىٰ ببيعِ بعضهِ بمئةٍ ، إلاَّ أَنْ يكونَ قالَ : بِعهُ مِنْ فلانٍ بمئةٍ ، فباعَ بعضَهُ منهُ بمئةٍ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّ الموكِّلَ قصدَ تخصيصَ المشتري المعيَّنِ بجميعِ العبدِ بالثَّمَنِ المقدَّرِ ، فلا تجوزُ مخالفتُهُ .

فرعٌ : [وكِّل بشراء عبد فباع بعضه] :

وإنْ قالَ : ٱشترِ لي عبداً موصوفاً ، أَو معيَّناً ، فٱشترىٰ لهُ بعضَهُ . . لَمْ يَصِحَّ الشراءُ في حقِّ الموكِّلِ ؛ لأَنَّ عليهِ ضرراً في الشَّرِكةِ في العبدِ .

وإنْ وكَّلهُ أَنْ يشتريَ لهُ عبداً بثوبٍ ، فٱشترىٰ لهُ العبدَ بنصفِ الثوبِ . . صحَّ البيعُ ؛ لأَنَّهُ زادَهُ خيراً ؛ لأَنَّ مَنْ يرضىٰ العبدَ بثوبٍ يرضاهُ بنصفِ الثوبِ .

وإنْ وَكَّلهُ في بيعِ أَعبُدٍ ، أَو شراءِ أَعبُدٍ . . نظرتَ :

فإنْ أَطلقَ الإذنَ . . جازَ أَنْ يبيعَ الأَعبُدَ ويشتريَهم صفْقَةً واحدةً ، وجازَ في صَفَقاتٍ ؛ لأَنَّ الإذنَ مطلَقٌ ، ولا ضررَ عليهِ في ذٰلكَ .

وإنْ وكَّلهُ : أَنْ يشتريَ لهُ عبدينِ صفْقةً واحدةً ، فإنِ ٱشتراهُما مِنْ رجلٍ واحدٍ . . صحَّ الشراءُ للموكِّل ؛ لأَنَّهُ لَمْ يُخالِفْ إذنَهُ ، وإنِ ٱشتراهُما مِنْ رجلٍ أَو رجلينِ في صَفْقتينِ . . لَمْ يَصِحَّ الشراءُ للموكِّلِ ؛ لأَنَّهُ خالفَ إذنَهُ ؛ لأَنَّهُ قد يكونُ لهُ غرضٌ في أَنْ يُبتاعا لهُ صفقةً ، وإنِ ٱشترىٰ عبدينِ مشتركينِ بينَ رجلينِ في صفْقةٍ واحدةٍ . . فقدْ

قالَ أَبو العبَّاسِ : يَصِحُّ الشراءُ للموكِّلِ ؛ لأَنَّهُ ٱبتاعَهما صفْقةً واحدةً ، فهو كما لو كانا لرجلٍ واحدٍ . وقالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : لا يَصِحُّ الشراءُ للموكِّلِ ؛ لأَنَّ عقدَ الواحدِ معَ اثنينِ في حكمِ العقدينِ ، فلَمْ يَصِحَّ ، كما لوِ ٱشتراهُما مِنْ رجلينِ في صَفْقتينِ .

وإِنِ ٱبتاعَ الوكيلُ العبدينِ مِنْ رجلينِ ، لكلِّ واحدٍ عبدٌ في صفْقةٍ واحدةٍ منهما . . فقد قالَ أَبو العبّاسِ : لا يَصِحُّ الابتياعُ للموكِّلِ في قولِ مَنْ يجيزُ هٰذا البيعَ وفي قولِ مَنْ لا يجيزُهُ ؛ لأَنَّ عقدَ الواحدِ معَ الاثنينِ في حُكمِ العقدينِ . هٰكذا ذكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ في « التعليقِ » ، والمَحامليُّ في « المجموعِ » ، وقالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : إِنْ قلنا : إِنَّ الرجلَ إِذا ٱبتاعَ ذٰلكَ لنفسه ، لا يَصِحُّ الشراءُ لهُ . . لَمْ يَصِحَّ الشراءُ هاهُنا للموكِّلِ ، ولا للوكيلِ ، وإِنْ قلنا هناكَ : يَصِحُّ . . فهلْ يَصِحُّ الشراءُ هاهُنا للموكِّلِ ؟ علىٰ الوجهينِ في الوكيلِ إِذا ٱشترىٰ عبدينِ مِنْ رجلينِ شَرِكةً بينَهما صَفْقةً واحدةً .

مسأَلةٌ : [يلزم الوكيلَ البيعُ بنقد البلد] :

وإِذا وكَّلهُ في بيعِ سِلعةٍ ، أَو شرائِها ، وأَطلقَ . . لَمْ يَجُزْ لهُ أَنْ يَبيعَ ويشتريَ بغيرِ نقدِ البلدِ ، وبهِ قالَ مالكٌ ، ومحمَّدٌ ، وأَبو يوسفَ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يجوزُ أَنْ يبيعَ بغيرِ نقدِ البلدِ) . فخالفَنا أَبو حنيفةَ في البيعِ ، ووافقَنا في الشراءِ .

دليلُنا : أَنَّهُ عاوَضَ بما ليسَ مِنْ غالبِ نقدِ البلدِ ، فلَمْ يَصِحَّ معَ الإِطلاقِ ، كما لو باعَ المنافعَ ، ولأَنَّ إِطلاقَ البيعِ والشراءِ يرجعُ إِلىٰ نقدِ البلدِ ، كما نقولُ فيمنْ باعَ بثَمَنٍ مطلَقٍ .

إِذا ثبتَ هٰذا : فإِنْ لَمْ يكنْ في البلدِ إِلاَّ نقدٌ واحدٌ . . باعَ الوكيلُ بهِ وٱشترىٰ ، وإِنْ كانَ في البلدِ نقدانِ ، فإِنْ كانَ أَحدُهما أَغلبَ في المعاملةِ . . باعَ الوكيلُ بهِ وٱشترىٰ ، وإِنْ كانا غالبينِ . . عَقدَ بالأَنفعِ للموكِّلِ ؛ لأَنَّهُ مأمورٌ بالنُّصحِ لهُ ، فإِنِ ٱستويا في النفعِ . . عَقدَ بما شاءَ منهما ؛ لأَنَّهُ لا مَزيَّةَ لأَحدِهما علىٰ الآخرِ .

وإنْ وكَّلهُ أَنْ يبيعَ ويشتريَ بنقدٍ معيَّنٍ. . لَمْ يَجُزْ لهُ أَنْ يَعقِدَ بغيرِهِ ، كما لو وكَّلهُ في شراءِ عبدٍ. . لا يجوزُ لهُ أَنْ يشتريَ جاريةً[1] .

مسألةٌ : [وكَّله بالشراء من مالٍ بعينه] :

إذا دفعَ إلىٰ رجلٍ مالاً ، وأَمرهُ أَنْ يشتريَ لهُ بعينهِ عبداً ، فٱشترىٰ لهُ عبداً بثَمَنٍ في الذمَّةِ. . لَمْ يَصِحَّ الشراءُ للموكِّلِ ؛ لأَنَّهُ إنَّما وكَّلهُ[2] في التصرُّفِ في ذٰلكَ المالِ المعيَّنِ لا في غيرِهِ ، ولأَنَّ للموكِّلِ غرضاً في أَن لا يشتريَ لهُ إلاَّ بعينِ ذٰلكَ المالِ ؛ لأَنَّهُ إنْ سَلِمَ ذٰلكَ المالُ. . سَلِمَ لهُ المبيعُ ، وإنْ تَلِفَ قَبلَ القبضِ. . بَطَلَ البيعُ ، ولَمْ يَلزمْهُ شيءٌ في ذِمَّتهِ ، وإذا ٱشترىٰ لهُ الوكيلُ بثَمَنٍ في الذمَّةِ. . لزمهُ[3] الثَّمَنُ ، تَلِفَ المالُ أَو لَمْ يَتلَفْ ، وفي ذٰلكَ ضررٌ عليهِ لَمْ يرضَ بهِ .

وإنْ وكَّلهُ أَنْ يشتريَ لهُ عبداً بثَمَنٍ في الذمَّةِ ، وبنقدٍ مِنَ المالِ الذي دَفعهُ إليهِ ، فإنْ فَعلَ الوكيلُ ما أَمَرهُ فيهِ مِنْ ذٰلكَ. . صحَّ الشراءُ للموكِّلِ ، وإنْ خالفَ فٱشترىٰ لهُ العبدَ بعينِ المالِ. . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَصِحُّ الشراءُ للموكِّلِ ؛ لأَنَّهُ أَقلُّ غرراً مِنْ أَنْ يبتاعَ لهُ بثَمَنٍ في الذمَّةِ ؛ لأَنَّهُ يَلزمُهُ الثَّمَنُ معَ بقاءِ المالِ المعيَّنِ ، ولا يَلزمُهُ إذا تَلِفَ قبلَ القبضِ .

والثاني : لا يَصِحُّ الشراءُ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ خالفَ إذنَهُ ؛ لأَنَّهُ أَمَرهُ بعقدٍ يَلزمُ معَ بقاءِ المالِ المدفوعِ ، ومعَ تَلَفهِ ، فعقدَ عقداً يَلزَمُ معَ بقائهِ ، ولا يَلزمُ معَ تَلَفهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ .

وإنْ دَفعَ إليهِ مالاً ، وأَمَرهُ أَنْ يشتريَ لهُ بهِ عبداً ، ولَمْ يَقُلْ : بعينهِ ، ولا في الذمَّةِ. . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما الشيخُ أَبو إسحاقَ :

---

(١) في نسخة : (غيره) .
(٢) في (م) : (ربّما وكّل) .
(٣) في نسخة : (كان عليه) .

أَحدُهما : أَنَّ مقتضىٰ ذٰلكَ الشراءُ بعينِ المالِ ؛ لأَنَّهُ لمَّا دَفعَ إِليهِ المالَ ، وأَمَرهُ بالشراءِ . . كانَ الظاهرُ أَنَّهُ أَمَرهُ بالشراءِ بعينِهِ .

فعلىٰ هٰذا : إِذا ٱشترىٰ لهُ بثَمَنٍ في الذمَّةِ . . لَمْ يَلزمِ الموكِّلَ .

والثاني : أَنَّهُ لا يقتضي الشراءَ بعينِ المالِ ، ولا في الذمَّةِ ، فيجوزُ لهُ أَنْ يشتريَ بعينِ المالِ ، ويجوزُ لهُ أَنْ يشتريَ بثَمَنٍ في الذمَّةِ ، ويَنقُدَ الثَّمَنَ مِنَ المالِ ؛ لأَنَّ الأَمرَ مطلقٌ .

مسأَلةٌ : [شراء الوكيل بثمنٍ في الذمة] :

إِذا وكَّلهُ أَنْ يشتريَ لهُ سِلعةً ، ولَمْ يَدفَع إِليهِ الثَّمَنَ ، فٱشترىٰ لهُ بثَمَنٍ في الذمَّةِ . . ففي أَيِّ ذمَّةٍ يتعلَّقُ الثَّمَنُ ؟ فيهِ ثلاثةُ أَوجهٍ لأَبي العبّاسِ :

أَحدُها ـ وهوَ الصحيحُ ـ : أَنَّ الثَّمَنَ يجبُ للبائعِ في ذمَّةِ الموكِّلِ ، ويكونُ الوكيلُ ضامناً علىٰ الموكِّلِ بالثَّمَنِ ؛ لأَنَّ الموكِّلَ ينتقلُ إِليهِ مِلكُ المُثمَنِ ، فكانَ عليهِ الثَّمَنُ ، كما لو قَبِلَ العقدَ لنفسهِ ، والوكيلُ لَمَّا تولَّىٰ العقدَ . . فَقد دَخلَ علىٰ أَنَّ المطالبةَ عليهِ ، فصارَ ضَامِناً للثَّمَنِ .

فعلىٰ هٰذا : للبائعِ أَنْ يطالبَ أَيَّهما شاءَ بالثَّمَنِ ، فإِذا قَبَضهُ مِنْ أَحدِهما . . بَرِئا مِنْ حقِّهِ ، وإِنْ أَبرأَ الموكِّلَ . . بَرِىءَ الوكيلُ ، وإِنْ أَبرأَ الوكيلَ . . بَرِىءَ وحدَهُ ، ولَمْ يَبرأ الموكِّلُ ، وإِنْ أَخذَ الحقَّ مِنَ الوكيلِ . . رَجعَ الوكيلُ علىٰ الموكِّلِ ؛ لأَنَّهُ لَزِمهُ بإِذنهِ ، وإِنْ أَخذَ الحقَّ مِنَ الموكِّلِ . . لَمْ يَرجِعِ الموكِّلُ بهِ علىٰ الوكيلِ .

والوجهُ الثاني : أَنَّ الثَّمَنَ يجبُ للبائعِ في ذمَّةِ الوكيلِ ؛ لأَنَّهُ هو الذي قَبِلَ العقدَ ، ولا يكونُ للبائعِ مطالبةُ الموكِّلِ بشيءٍ ؛ لأَنَّهُ ما قَبِلَ منهُ العقدَ ، إِلاَّ أَنَّ الوكيلَ ثَبتَ لهُ في ذمَّةِ الموكِّلِ مِثلُ ما ثَبتَ في ذمَّتهِ للبائعِ ؛ لأَنَّهُ ٱلتزمَ ذٰلكَ بإِذنهِ .

فعلىٰ هٰذا : للوكيلِ أَنْ يطالبَ الموكِّلَ وإِنْ لَمْ يُطالِبْهُ البائعُ ، وإِنْ أَبرأَ البائعُ الوكيلَ . . لَمْ يَبرأِ الموكِّلُ ، وإِنْ أَبرأَ الوكيلُ الموكِّلَ . . بَرِىءَ .

والوجهُ الثالثُ : أَنَّ الثَّمَنَ يجبُ للبائعِ في ذمَّةِ الوكيلِ ، ولا يَثبتُ في ذِمَّةِ الموكِّلِ

للبائعِ ولا للوكيلِ شيءٌ ؛ لأنَّ الذي باشرَ العقدَ هوَ الوكيلُ ، فكانَ الثَّمَنُ عليهِ ، كما لو عقدَ لنفسهِ .

فعلىٰ هٰذا : للبائعِ مطالبةُ الوكيلِ بالثَّمَنِ دونَ الموكِّلِ ، فإذا دَفعَ الوكيلُ الثَّمَنَ إلىٰ البائعِ . . رَجعَ بهِ علىٰ الموكِّلِ ؛ لأنَّهُ وَجبَ عليهِ بإذنهِ ، وإنْ أبرأَ البائعُ الوكيلَ . . لَمْ يَرجِعْ علىٰ الموكِّلِ بشيءٍ ، كما قلنا فيمنْ أحالَ غيرَهُ بحقٍّ علىٰ مَنْ لا حقَّ لهُ عليهِ .

وفرَّعَ أبو العبّاسِ علىٰ هٰذا الوجهِ : إذا قالَ الرجلُ لغيرِهِ : بِعْ عبدَكَ هٰذا مِنْ زيدٍ بألفٍ في ذِمَّتي ، فباعهُ . . صحَّ البيعُ ، ولزِمَ الثَّمَنُ الآمِرَ دونَ المشتري .

والأوَّلُ أصحُّ ؛ لأنَّهُ لا يجوزُ أَنْ يَملِكَ المُثمَنَ ولا يُملكَ عليهِ الثَّمَنُ ، ولا أَنْ يُثبَتَ الثَّمَنُ لغيرِ مَنْ مُلِكَ مِنْ جهتِهِ المُثمَنُ .

فرعٌ : [للموكل الخيار ما لم ينقد الوكيل الثمن] :

فإنْ دَفعَ إليهِ ألفَ درهَمٍ ، وأَمَرهُ أَنْ يشتريَ لهُ عبداً بألفِ درهمٍ في الذمَّةِ ، ويَنقُدَ[1] الألفَ فيهِ ، فابتاعَ الوكيلُ العبدَ بألفٍ في الذمَّةِ ، فجاءَ ليَنقُدَ الألفَ ، فوَجدهُ البائعُ معيباً . . فالبائعُ بالخيارِ : بينَ أَنْ يَقبِضَهُ مَعيباً ، وبينَ أَن لا يَقبِضَهُ ، فإنْ قَبَضهُ . . فلا كلامَ ، وإنْ لَمْ يَقبِضْهُ . . كانَ لهُ المطالبةُ بألفٍ سليمةٍ[2] .

وإنْ تَلِفتْ هٰذهِ الألفُ في يدِ الوكيلِ قَبلَ أَنْ يَقبِضَها البائعُ . . تَلِفتْ مِنْ مالِ الموكِّلِ ، ولا شيءَ علىٰ الوكيلِ ؛ لأنَّها أمانةٌ في يدهِ قَبْل أَنْ يدفعَها ، وإنْ قَبَضها البائعُ ، ثُمَّ وَجدَها معيبةً . . كانَ لهُ ردُّها ، والمطالبةُ بألفٍ سليمةٍ ، فإذا ردَّهُ البائعُ علىٰ الوكيلِ . . قالَ المَحامليُّ : فإنِ اختارَ الوكيلُ إمساكَهُ معيباً ، ويُعطي البائعَ مِنْ عندِهِ ألفاً سليمةً . . فعلَ ، وإنِ اختارَ ردَّهُ إلىٰ الموكِّلِ ، ليردَّهُ[3] لهُ سليماً ، ليدفعَهُ إلىٰ البائعِ . .

---

(١) **نقده الدراهم ، ونقدها له** : أعطاه إياها ، فانتقدها : قبضها . وانتقدها : أخرج منها الزيف ، وبابهما نصر .

(٢) في (م) : (سليم) في مواضع .

(٣) في (م) : (وأخذ بدله) .

فعلَ ، فإنْ قَبَضهُ الوكيلُ مِنَ البائعِ ، ليردَّهُ علىٰ الموكِّلِ ، فتَلِفَ في يدهِ مِنْ غيرِ تفريطٍ . . فهلْ يجبُ علىٰ الوكيلِ ضمانُهُ ؟

إنْ قلنا : إنَّ الثَّمَنَ وَجبَ للبائعِ في ذمَّةِ الموكِّلِ دونَ ذمَّةِ الوكيلِ ، وإنَّما الوكيلُ واسطةٌ . . كانَ تَلَفُ هٰذا الأَلْفِ مِنْ ضمانِ الموكِّلِ ؛ لأَنَّهُ أمانةٌ في يدِ الوكيلِ .

وإنْ قلنا : إنَّ الثَّمَنَ وَجبَ للبائعِ في ذمَّةِ الوكيلِ دونَ ذِمَّةِ الموكِّلِ ، وللوكيلِ مثلُ ذٰلكَ الثَّمَنِ في ذمَّةِ الموكِّلِ . . كانَ تَلَفُ الألفِ مِنْ ضمانِ الوكيلِ ؛ لأَنَّ الموكِّلَ لمَّا دفعَ إليهِ الأَلفَ ليدفعَهُ إلىٰ البائعِ . . فقَد دَفعَ إليهِ مالاً ليُسقِطَ بهِ الثَّمَنَ الذي في ذمَّةِ نفسهِ عمَّا لَزمَهُ مِنْ جهتهِ ، فلمَّا لَمْ يَدفعْهُ . . فهوَ أمانةٌ في يدِهِ ، فإذا دَفعَهُ . . ضَمِنَهُ حينئذٍ ؛ لأَنَّهُ صَرفهُ بدينٍ في ذِمَّتهِ ، فهوَ كما لو أَودعهُ وديعةً ، وقالَ لهُ : إنِ ٱحتجتَ إليها ، فأَنفِقْها ، فما لَمْ يُنفِقْها . . فهيَ أَمانةٌ في يدِهِ ، فإذا أَنفقَها . . ضَمِنها ، كذٰلكَ هٰذا إذا دَفعها . . ضَمِنَها ، فإذا ردَّها البائعُ عليهِ . . عادتْ إلىٰ ضمانهِ الأوَّلِ .

فعلىٰ هٰذا : إذا دفعَ الوكيلُ إلىٰ البائعِ أَلفاً سليماً . . كانَ للوكيلِ علىٰ الموكِّلِ أَلفٌ سليمٌ ؛ لأَنَّهُ وَجبَ عليهِ بإذنهِ ، وللموكِّلِ عليهِ أَلفٌ معيبٌ ، فإنْ وجدَ[1] الوكيلُ مِثلَ المعيبَةِ . . ردَّها علىٰ الموكِّلِ ، وأَخذَ منهُ أَلفاً سليماً ، وإنْ لَمْ يَجدْ مِثلَها . . دَفعَ إليهِ قيمتَها ، ولا يَرجعُ عليهِ بالأَرشِ ؛ لأَنَّهُ رِباً .

فإنْ دَفعَ إليهِ أَلفَ درهَمٍ ليشتريَ لهُ بعينِها عبداً ، فٱشترىٰ لهُ عبداً بعينِها ، ثُمَّ وجدَ بها البائعُ عَيباً ، فإنْ كانَ العيبُ مِنْ غيرِ جنسِها ، بأَنْ خرجتْ رَصاصاً أَو نُحاساً . . فالبيعُ باطلٌ ؛ لأَنَّ العقدَ وَقعَ علىٰ الدراهمِ ، وليستْ هٰذهِ بدراهمَ ، وإنْ كانَ العيبُ مِنْ جنسِها ، بأَنْ خرجتِ الدراهمُ مضطربةَ السِّكَّةِ ، أَو ناقصةَ الوزنِ . . فالبيعُ صحيحٌ ، ولٰكنْ يَثبتُ للبائعِ الخِيارُ : بينَ أَنْ يُمسِكَها ، وبينَ أَنْ يَردَّها ، فإنْ أَمسكَها . . فلا كلامَ ، وإنْ ردَّها . . بطلَ البيعُ ؛ لأَنَّ الثَّمَنَ المعيَّنَ إذا رُدَّ . . بَطلَ البيعُ ؛ لأَنَّهُ لا يَملِكُ المطالبةَ ببدَلِهِ ، فإنْ تَلفتِ الدراهمُ في يد الوكيلِ قبلَ أَنْ يردَّها إلىٰ الموكِّلِ مِنْ غيرِ تفريطٍ . . لَمْ يجبْ عليهِ ضمانُها ؛ لأَنَّها أَمانةٌ في يدِهِ بكلِّ حالٍ .

---

(١) في نسخة : (أخذ) .

مسألةٌ : [وكَّله بالبيع عاجلاً فباعه مؤجلاً] :

وإنْ وكَّلهُ أَنْ يبيعَ لهُ سِلعةً بثَمَنٍ حالٍّ . . لَمْ يَجُزْ أَنْ يَبيعَها بثَمَنٍ مؤَجَّلٍ ؛ لأَنَّهُ خلافُ إذنهِ .

وإنْ وكَّلهُ ببيعِها ، وأَطلقَ . . لَمْ يَجُزْ أَنْ يبيعَها بثَمَنٍ مؤَجَّلٍ ، فَإِنْ باعَها بذٰلكَ . . بَطلَ البيعُ ، وبهِ قالَ مالكٌ ، وأبو ثورٍ .

وقالَ أَبو حنيفةَ ، وأَبو يوسفَ ، ومحمَّدٌ : (يجوزُ أَنْ يبيعَها مؤجَّلاً ولو إلىٰ ثلاثِ مِئةِ سَنَةٍ) .

دليلُنا : أَنَّ الإطلاقَ يقتضي الحلولَ ، كما لو قالَ : بعتُكَ هٰذهِ السِّلعةَ بدينارٍ . . فإِنَّ الثَّمَنَ يكونُ حالاً .

وإنْ وكَّلهُ أَنْ يبيعَ بثَمَنٍ إلىٰ أَجلٍ مقدَّرٍ . . لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يبيعَ إلىٰ أجلٍ أَكثرَ منهُ ؛ لأَنَّهُ خلافُ إذنهِ ، وإِنْ أَذِنَ لهُ في البيعِ إلىٰ أجلٍ ، ولَمْ يُقدِّرِ الأَجلَ . . ففيهِ أَربعةُ أَوجهٍ :

أَحدُها ـ وهوَ الأَصحُّ ـ : أَنَّهُ لا يَصِحُّ التوكيلُ ؛ لأَنَّ الآجالَ تختلفُ ، وذٰلكَ غررٌ[1] مِنْ غيرِ حاجةٍ ، فلَمْ يَصِحَّ كما لو قالَ : بعتكَ بأَلفٍ إلىٰ أَجلٍ .

والثاني : يَصِحُّ التوكيلُ ، ويبيعُ إلىٰ ما جرتْ بهِ العادةُ في التأجيلِ بالثَّمَنِ في مثلِ تلكَ السِّلعةِ ، فإِنْ لَمْ يكنْ فيهِ عُرْفٌ . . باعَ بأَنفعِ ما يَقدِرُ عليهِ ؛ لأَنَّهُ مأمورٌ بالنُّصحِ لموكِّلهِ .

والثالثُ : يَصِحُّ البيعُ إلىٰ أَيِّ أَجلٍ شاءَ الوكيلُ ؛ لعمومِ إِذنِ الموكِّلِ .

والرابعُ : يبيعُ إلىٰ سَنةٍ ، ولا يبيع إلىٰ أكثر منها ؛ لأن الآجال المقدرة بالشرع إلىٰ سنة ، وهو مِثلُ الجزيةِ والدِّيةِ .

---

(١) في (م) : (ضرر) .

فرعٌ : [باع الوكيل السلعة المؤجلة القيمة بثمن حال] :

وإنْ وكَّلهُ في بيعِ سِلعةٍ إلىٰ أجلٍ معلومٍ ، فباعها بثَمَنٍ حالٍّ ، فإنْ باعها بأقلَّ مِنَ الثَّمَنِ الذي يباعُ بهِ إلىٰ الأجلِ . . لَمْ يَصِحَّ البيعُ ؛ لأنَّهُ باعَ بدونِ الثَّمَنِ المأذونِ فيهِ ، وإنْ باعها حالاً بالثَّمَنِ الذي يُباعُ بهِ إلىٰ الأجلِ ، فإنْ كانتْ في وقتٍ لا يُؤمَنُ أنْ يُسرَقَ الثَّمَنُ ، أو يُنهَبَ إلىٰ الأجلِ . . لَمْ يَصِحَّ البيعُ ؛ لأنَّ في ذٰلكَ ضرراً عليهِ لَمْ يرضَ بهِ ، وإنْ كانَ الوقتُ مأموناً . . ففيهِ وجهانِ :

أحدُهما : يَصِحُّ البيعُ ؛ لأنَّهُ باعَهُ بالثَّمَنِ المأذونِ فيهِ ، وزادهُ بالحلولِ خيراً ، فصحَّ .

والثاني : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّهُ قدْ يكونُ لهُ غَرَضٌ في كونِ الثَّمَنِ في ذِمَّةِ مَليءٍ إلىٰ وقتِ الأَجلِ ؛ لأنَّهُ قدْ يحتاجُ إليهِ في ذٰلكَ الوقتِ ، وإذا حصلَ في يدهِ ربَّما أنفقهُ .

فرعٌ : [وكله بالشراء بثمن حال] :

وإنْ وكَّلهُ أَنْ يشتريَ لهُ شيئاً بثَمَنٍ حالٍّ ، فاشتراهُ لهُ بثَمَنٍ إلىٰ أجلٍ ، فإنْ لَمْ يُقدِّرْ لهُ الموكِّلُ الثَّمَنَ . . لَمْ يَصِحَّ الشراءُ في حقِّ الموكِّلِ ؛ لأنَّهُ ما مِنْ ثَمَنٍ يمكنُهُ أَنْ يَشتريَ تلكَ السِّلعةَ بهِ نقداً إلاَّ ويشتريَها إلىٰ أجلٍ بأكثرَ منهُ ، وإذا كانَ كذٰلكَ . . فقدِ اشتراها بأكثرَ مِنَ الثَّمَنِ المأذونِ فيهِ ، فلَمْ يَصِحَّ . وإنْ قدَّرَ لهُ الثَّمَنَ ، فإنِ ابتاعَها بأكثرَ مِنَ المقدَّرِ . . لَمْ يَصِحَّ في حقِّ المُوكِّلِ ؛ لأنَّهُ اشتراها لهُ بأكثرَ مِمّا أَذِنَ لهُ فيهِ ، وإنِ ابتاعها بالثَّمَنِ المقدَّرِ ، أَو بأقلَّ منهُ . . ففيهِ وجهانِ :

أحدُهما : يَصِحُّ ؛ لأنَّهُ قدِ اشتراها لهُ بالثَّمَنِ المأذونِ لهُ فيهِ ، وزادهُ بالتأجيلِ خيراً .

والثاني : لا يَصِحُّ في حقِّ الموكِّلِ ؛ لأنَّهُ قد فوَّتَ عليهِ غَرضَهُ ؛ لأنَّهُ قد لا يَقدِرُ علىٰ الثَّمَنِ عندَ الأَجلِ ، ويَقدِرُ عليهِ في الحالِ .

قالَ ابنُ الصبّاغِ : وهٰذا إنَّما يُتصوَّرُ في الأَشياءِ التي لا يُجبَرُ صاحبُها إذا كانتْ

مؤجَّلةً أَنْ يأخذَها في الحالِ ، وأَمّا إذا كانتْ ممّا يُجبَرُ علىٰ قَبضِها ، بأَنْ لا يُحتاجَ في حفظِها إلىٰ مُؤنةٍ ، ولا تكونُ مخوفاً . . فإنَّهُ يجوزُ[1] ؛ لأَنَّهُ يمكنُه أَنْ يُعجِّلَ الثَّمنَ وإِنْ كانَ مؤجَّلاً ، فيحصُلُ الغَرضُ .

مسأَلةٌ : [لا يعطي الوكيل الخيار] :

وإذا وكَّلهُ في البيعِ . . لَمْ يَجُزْ لهُ أَنْ يَشترطَ الخِيارَ للمشتري ، وإنْ وكَّلهُ في الشراءِ . . لَمْ يَجُزْ لهُ أَنْ يَشرِطَ الخيارَ للبائعِ ؛ لأَنَّ الإِطلاقَ يقتضي العقدَ من غيرِ شرطِ الخِيارِ ، وإِنْ شَرطَ الوكيلُ فيهما الخيارَ للموكِّلِ ، أَو لنفسهِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ الإِطلاقَ يقتضي العقدَ مِنْ غيرِ شرطِ الخيارِ .

والثاني : يَصِحُّ ؛ لأَنَّ فيهِ ٱحتياطاً .

مسأَلةٌ : [لا يبيع الوكيل بأقلَّ من ثمن المثل] :

ولا يجوزُ للوكيلِ في البيعِ أَنْ يبيعَ بدونِ ثَمنِ المِثلِ ممّا لا يَتغابَنُ الناسُ في مِثلهِ مِنْ غيرِ إِذنٍ ، ولا للوكيلِ في الشراءِ أَنْ يشتريَ بأَكثرَ مِنْ ثَمنِ المِثلِ ممَّا لا يَتغابَنُ الناسُ بمِثلهِ مِنْ غيرِ إِذنٍ ، وبهِ قالَ مالكٌ ، وأَبو ثورٍ ، وأَبو يوسفَ ، ومحمَّدٌ ، ووافقَنا أَبو حنيفةَ في الشراءِ ، وخالفَنا في البيعِ ، فقالَ : (للوكيلِ في البيعِ أَنْ يبيعَ بدونِ ثَمنِ المِثلِ) .

دليلُنا : أَنَّهُ توكيلٌ في معاوضةٍ مطلَقةٍ ، فوجبَ أَنْ يقتضيَ ثَمنَ المثلِ ، كالشراءِ .

قالَ صاحبُ « الفروعِ » : وإِنْ قالَ : بِعْ هٰذهِ السِّلعةَ بثَمنِ مِثلِها وأَقلَّ منهُ وأَكثرَ ، عاجلاً وآجلاً ، بنقدِ البلدِ وغيرِ نقدِ البلدِ . . جازَ للوكيلِ أَنْ يبيعَ كيفَ شاءَ ؛ لعمومِ الإِذنِ ، فإِنْ باعَ الوكيلُ بثَمنِ المثلِ ، أَو بنُقصانٍ يتغابنُ الناسُ بمِثلهِ ، فجاءَ إِنسانٌ ،

---

(١) قال النواوي في « الروضة » (٣/٥٤٨) : قال صاحب « الشامل » : هٰذا الخلاف حيث لا يجبر صاحب الدين علىٰ قبول تعجيله ، وحيث يجبر يصحُّ الشراء قطعاً ، وهٰذا الذي قاله : أصحُّ وأفقه وأقرب إلىٰ تعليل الأصحاب ، والله أعلم . وفي نسخة : (لا يجوز) .

فَزادَهُ في الثَّمَنِ ، فإِنْ كانَ بعدَ ٱنقضاءِ الخِيارِ . . لَمْ يكنْ لهٰذهِ الزيادةِ حكمٌ ، فإِنْ فَسَخَ . . فلا يَصِحُّ فسخهُ ؛ لأَنَّ البيعَ قد لَزِمَ ، وإِنْ كانَ قبلَ ٱنقضاءِ الخِيارِ . . قالَ الشافعيُّ : (فعليهِ أَنْ يَفسخَ البيعَ معَ الأَوَّلِ ، ويَقبلَ الزيادةَ ، فإِنْ لَمْ يفعلْ . . كانَ البيعُ مردوداً) .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : لا يَفسَخُ البيعَ الأَوَّلَ ؛ لأَنَّهُ قدْ صحَّ ، ويجوزُ أَنْ لا يَثبُتَ الزائدُ علىٰ الزيادةِ . وهٰذا خلافُ النصِّ ؛ لأَنَّ حالَ الخِيارِ كحالِ العقدِ ، بدليلِ : أَنَّهُ يجوزُ للمتبايعينِ الزيادةُ في الثَّمَنِ والنُّقصانُ منهُ في حالِ الخِيارِ ، كما يجوزُ في حالِ العقدِ ، ولو حضرَ مَنْ يطلبُ الزيادةَ حالَ العقدِ . . لَمْ يَجُزِ البيعُ بأَقلَّ منها ، فكذٰلكَ في حالِ الخِيارِ ، وقولُ مَنْ قالَ : إِنَّهُ قدْ لا يَثبُتُ الزائدُ علىٰ الزيادةِ ، غيرُ صحيحٍ ؛ لأَنَّ الظاهرَ أَنَّهُ يَثبُتُ عليها .

وإِنْ باعَ الوكيلُ بأَقلَّ مِنْ ثَمَنِ المِثلِ مِمّا يتغابنُ الناسُ بمِثلِهِ ، أَوِ ٱشترىٰ بأَكثرَ مِنْ ثَمَنِ المِثلِ مِمَّا يتغابنُ الناسُ بمِثلِهِ . . صحَّ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ لا يمكنُ الاحترازُ منهُ لأَهلِ البَصَرِ[1] في التجارةِ .

قالَ الشافعيُّ : (والغَبنُ قدْ يَقِلُّ ويَكثُرُ علىٰ حَسَبِ المبيعِ ، فما كانَ مِنَ الجواهرِ ، والمواشي ، والرقيقِ . . فقد يُغبَنُ فيهِ أَكثرَ ممّا يُغبَنُ في الطعامِ وما أَشبهَهُ ؛ لأَنَّ الجواهرَ ، والمواشي ، والرقيقَ ليسَ لهُ ثَمنٌ معلومٌ ، بَلْ يتفاوتُ ثَمنُهُ ، فيَقَعُ فيهِ الغَبنُ أَكثرَ مِنَ الطعامِ) .

فعلىٰ هٰذا : إِذا ٱشترىٰ الوكيلُ شيئاً ، أَو باعهُ ، عُرِضَ علىٰ أَهلِ البَصرِ بذٰلكَ الشيءِ ، فإِنْ قالوا : هٰذا ممّا يُغبَنُ الناسُ فيهِ بمِثلِهِ في العادةِ . . كانَ عقدُهُ صحيحاً ، وإِنْ قالوا : غُبِنَ بما لا يُغبَنُ الناسُ بمِثلهِ في العادةِ . . كانَ العقدُ باطلاً ، فإِنْ كانَ ذٰلكَ في الشراءِ . . نظرتَ :

فإِنْ كانَ العقدُ بعينِ مالِ الموكِّلِ ، فإِنْ ذَكرَ حينَ الشراءِ : أَنَّهُ يشتري[2] لموكِّلهِ ، أَو

---

(١) في (م) : (التصرف) . البصر : العلم والخبرة .
(٢) في (م) : (يشتريها) .

نواهُ ، وصدَّقهُ البائعُ . . فالعقدُ باطلٌ ؛ لأنَّهُ عقدَ علىٰ مالِ الموكِّلِ ما لَمْ يأذنْ فيهِ ، وإنْ لَمْ يَذكُر حينَ الشراءِ : أنَّهُ يشتري للموكِّلِ ، ولا صدَّقهُ البائعُ أنَّهُ نواهُ . . قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : كانَ الشراءُ للوكيلِ ، وكانَ عليهِ غُرمُ الثَّمَنِ الذي دَفعهُ للموكِّلِ .

وإنْ كانَ بثَمَنٍ في الذمَّةِ . . لَمْ يَصِحَّ الشراءُ في حقِّ الموكِّلِ ؛ لأنَّهُ يشتري لهُ بثَمنٍ غيرِ مأذونٍ لهُ فيهِ نُطقاً ، ولا عُرفاً .

وإنْ كانَ في البيعِ ، بأنْ وكَّلَ في بيعِ عَينٍ ، ثَمنُ مِثلِها عَشَرةٌ ، ويَتغابنُ الناسُ في مِثلِها بدرهمٍ ، فباعَها بثمانيةٍ . . لَمْ يَصِحَّ البيعُ ، فإنْ كانتِ العينُ قائمةً . . أخذَها الموكِّلُ ، وإنْ كانتْ في يدِ المشتري . . فللمالكِ أنْ يُطالِبَ بردِّها مَنْ شاءَ منهما .

وإنْ قَبَضها المشتري ، وتَلِفتْ في يدهِ . . فللموكِّلِ أنْ يُضمِّنَ المشتريَ ؛ لأنَّهُ قَبَضَ ما لَمْ يكنْ لهُ قبضُهُ ، ولهُ أنْ يُضمِّنَ الوكيلَ ؛ لأنَّهُ أقبضَ ما لَمْ يكنْ لهُ إقباضُهُ ، فإنِ اختارَ تضمينَ المشتري . . ضَمَّنَهُ عَشرةً ؛ لأنَّ التلفَ حصلَ بيدهِ ، فاستقرَّ الضمانُ عليهِ ، وإنِ اختارَ تضمينَ الوكيلِ . . فكمْ يُضمِّنُهُ ؟ فيهِ ثلاثةُ أقوالٍ :

أحدُها : يضمِّنهُ العشرةَ ؛ لأنَّهُ تعدَّىٰ بإقباضِها ، فضَمِنَها بكمالِ قيمتِها ، كالغاصبِ .

والثاني : يُضمِّنُهُ تسعةً ؛ لأنَّهُ لو باعَها بذٰلكَ . . لصحَّ بيعُهُ ، ويُضمِّنُ المشتريَ تمامَ القيمةِ ، وهو درهمٌ .

والثالثُ ـ حكاهُ في « المهذَّبِ » ـ : أنَّهُ يُضمِّنُهُ درهَماً لا غيرَ ؛ لأنَّهُ لَمْ يُفرِّط إلاَّ فيهِ ، ويَضمِّنُ المشتريَ تسعةً .

ولَمْ يحكِ الشيخُ أبو حامدٍ ، وابنُ الصبّاغِ غيرَ القولينِ الأوَّلينِ ، **والقولُ الأوَّلُ أصحُّ** ؛ لأنَّ المشتريَ لوِ اشتراهُ بتسعةٍ . . لصحَّ شراؤُهُ ، ومعَ هٰذا يَضمَنُ جميعَ القيمةِ ، وما يَضمَنُهُ الوكيلُ . . يَرجعُ بهِ علىٰ المشتري ؛ لأنَّ التلفَ حصلَ بيدهِ ، وما يَضمَنُهُ المشتري . . لا يَرجِعُ بهِ علىٰ الوكيلِ .

فرعٌ : [لا يخالف الوكيل القيمة المحددة] :

وإنْ قالَ لهُ : بعْ هٰذا العبدَ بألفِ درهَمٍ . . لَمْ يَجُزْ أَنْ يبيعَ بأقلَّ منهُ وإنْ كانَ ثمنَ المِثلِ ؛ لأنَّ بيعَ الوكيلِ مستفادٌ مِنْ قِبَلِ الموكِّلِ ، فلا يجوزُ لهُ مخالفتُهُ .

وإنْ باعهُ بألفي دِرهَمٍ ، فإنْ كانَ الموكِّلُ قد عيَّنَ لهُ مَنْ يبيعُ منهُ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأنَّهُ قصدَ تمليكَهُ إيّاهُ بألفِ درهَمٍ ، فلا يجوزُ لهُ مخالفتُهُ ، وإنْ لَمْ يُعيِّن لهُ مَنْ يبيعُ منهُ . . صحَّ البيعُ ؛ لأنَّ الإذنَ ضَربانِ : إذنٌ مستفادٌ نُطقاً ، وإذنٌ مستفادٌ عُرفاً ، وفي العُرفِ : أنَّ مَنْ يرضىٰ ببيعِ عبدِهِ بألفٍ يرضىٰ بيعَهُ بألفينِ .

وإنْ قالَ : بعْ بألفٍ ، ولا تبعْ بما زادَ . . لَمْ يَصِحَّ أنْ يبيعَهُ بأكثرَ مِنَ الألفِ ؛ لأنَّ النُّطقَ أبطلَ حُكمَ العرفِ .

وإنْ قالَ : بعْهُ بمئةِ درهَمٍ ، فباعهُ بمئةِ درهَمٍ ودينارٍ . . قالَ ٱبنُ الصبَّاغِ : صحَّ البيعُ ، وجهاً واحداً ؛ لأنَّهُ باعَ بالمأذونِ فيهِ وزيادةٍ مِنْ جنسِ الثَّمنِ .

وإنْ باعَهُ بمئةِ درهَمٍ وثوبٍ . . ففيهِ وجهانِ :

أحدُهما : يَصِحُّ ؛ لأنَّهُ باعَهُ بمئةٍ وزيادةٍ ، فصحَّ كما لو باعهُ بمئةِ درهمٍ ودينارٍ .

والثاني : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّهُ باعَهُ بغيرِ جنسِ الأثمانِ .

فإنْ قلنا : يَصِحُّ بيعُهُ . . فلا كلامَ ، وإنْ قلنا : يبطُلُ . . بطَلَ البيعُ فيما يقابِلُ الثوبَ مِنَ العبدِ ، وهلْ يَبطُلُ البيعُ فيما يقابلُ الدراهمَ ؟ فيهِ قولانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في تفريقِ الصَّفقةِ :

فإذا قلنا : لا تُفرَّقُ . . بطلَ البيعُ في الكلِّ ، ولا كلامَ .

وإنْ قلنا : تُفرَّقُ . . قُوِّمَ الثوبُ والدراهمُ ، فإنْ كانا سواءً . . بطلَ البيعُ في نصفِ العبدِ ، ولا خِيارَ للموكِّلِ ؛ لأنَّهُ رضيَ ببيعِ جميعِهِ بمئةٍ ، فإذا تناولَ ذٰلكَ نصفَه . . فقدْ زادَهُ خيراً ، وهلْ يكونُ للمشتري الخيارُ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما ٱبنُ الصبَّاغِ :

أحدُهما : لهُ الخِيارُ ؛ لأنَّ الصَّفقةَ تبعَّضتْ عليهِ .

والثاني : لا خيارَ لهُ ؛ لأنَّهُ رضيَ بذٰلكَ .

والأوَّلُ أَصحُّ ؛ لأنَّ الاعتبارَ بمقتضىٰ العقدِ ، والعقدُ ٱقتضىٰ أنْ يكونَ العبدُ صفقةً واحدةً .

فرعٌ : [باع الوكيل نصف عبد بالثمن المعيَّن] :

وإنْ وكَّلهُ في بيعِ عبدٍ بألفٍ ، ولَمْ يُعيِّنْ مَنْ يبيعُ منهُ ، فباعَ الوكيلُ نِصفَهُ بألفٍ . . صحَّ البيعُ ؛ لأنَّ ذٰلكَ معلومٌ مِنْ جهةِ العُرفِ ، وإنْ باعهُ نصفَهُ بدونِ الألفِ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأنَّهُ ربَّما لَمْ يمكنْهُ أنْ يبيعَ باقيَهُ بتمامِ الألفِ .

وإنْ وكَّلهُ في بيعِ ثلاثةِ أعبُدٍ لهُ بألفٍ ، ولَمْ يُعيِّنْ لهُ مَنْ يبيعُ منهُ ، فباعَ منهم[1] واحداً بتسعِ مئةٍ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأنَّهُ قدْ لا يُشترىٰ الآخرانِ بمئةٍ ، وإنْ باعَ واحداً منهم بألفٍ . . صحَّ ؛ لأنَّ ذٰلكَ مأذونٌ فيهِ مِنْ جهةِ العُرفِ ، وهلْ يَصِحُّ بيعُهُ للآخَرينَ بعدَ ذٰلكَ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما الشيخُ أبو إسحاقَ :

أحدُهما : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ المقصودَ هوَ الألفُ ، وقدْ حصلَ .

والثاني : يَصِحُّ ؛ لأنَّهُ قدْ أَذِنَ لهُ ببيعِ الجميعِ ، فلا يَسقُطُ إذنُهُ ببيعِ بعضِهِمْ .

فرعٌ : [صحة الشراء بالمعيَّن] :

وإنْ وكَّلهُ أنْ يشتريَ لهُ عبداً بعينِهِ بمئةِ دينارٍ ، فٱشتراهُ لهُ بمئةِ دينارٍ . . صحَّ الشراءُ للموكِّلِ ؛ لأنَّهُ ٱمتثلَ أمرهُ نُطقاً وعُرفاً ، وإنِ ٱشتراه بتسعينَ ديناراً ، أو أقلَّ منها . . قالَ أصحابُنا : صحَّ الشراءُ للموكِّلِ ؛ لأنَّهُ مأذونٌ فيهِ مِنْ جهةِ العُرفِ ؛ لأنَّ مَنْ يرضىٰ بمئةٍ . . يرضىٰ بِما دونَها .

والذي يقتضي المذهبُ : أنَّ هٰذا إنَّما يَصِحُّ إذا لَمْ يَعرفِ الموكِّلُ سيِّدَ العبدِ ، فأمَّا إذا عرَفَهُ ، أو قالَ : ٱشترِ لي مِنْ فلانٍ عبدَهُ بمئةِ دينارٍ ، فٱشتراه لهُ بأقلَّ منها . . لَمْ يَصِحَّ في حقِّ الموكِّلِ ؛ لأنَّهُ قَصدَ محاباتَهُ[2] بالثَّمنِ ، فلا يجوزُ مخالفتُهُ ، كما لو قالَ : بِع

---

(١) في نسخة : (منها) في الموضعين .

(٢) المُحاباة : المسامحة ، مأخوذ من حبوتُه : إذا أعطيته .

عبدي مِنْ فلانٍ بمئةٍ ، فباعهُ بمئةٍ وعشَرةٍ . . فإنَّهُ لا يَصِحُّ .

وإنْ قالَ : ٱشترِ لي هٰذا العبدَ بمئةِ دينارٍ ، فٱشتراهُ لهُ بمئةِ درهَمٍ . . لَمْ يَصِحَّ في حقِّ الموكِّلِ ؛ لأنَّهُ خالفَ النُّطقَ والعُرفَ ؛ لأنَّ العُرفَ يقتضي ٱختصاصَ الجنسِ المأذونِ فيهِ وإنْ كانَ غيرُهُ أحطَّ منهُ وأخفَّ[1] .

وإنْ قالَ : ٱشترِهِ بمئةِ دينارٍ ، ولا تَشترِهِ بأَقلَّ منها ، فٱشتراه بأَقلَّ منها . . لَمْ يَصِحَّ في حقِّ الموكِّلِ ؛ لأنَّ النُّطقَ أَبطلَ حكمَ العُرفِ .

وإنْ قالَ : ٱشترِهِ بمئةِ درهَمٍ ، ولا تَشترِهِ بخمسينَ دِرهَماً . . فلَهُ أَنْ يَشتريَهُ بمئةٍ ؛ لأنَّهُ مأذونٌ فيهِ نُطقاً ، ولهُ أَنْ يَشتريَهُ بما دونَ المئةِ وفوقَ الخمسينَ ؛ لأنَّهُ مأذونٌ فيهِ عُرفاً ، وليسَ لهُ أَنْ يَشتريَهُ بالخمسينَ ؛ لأنَّهُ غيرُ مأذونٍ فيهِ نُطقاً ، وهلْ لهُ أَنْ يَشتريَهُ بما دونَ الخمسينَ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَصِحَّ ذٰلكَ للموكِّلِ ؛ لأنَّهُ مأذونٌ فيهِ عُرفاً ، وإنَّما خرجَ الخمسونَ بالنهيِ ، فبقيَ غيرُها علىٰ العُرفِ .

والثاني : لا يَصِحُّ في حقِّ الموكِّلِ ؛ لأنَّهُ غيرُ مأذونٍ فيهِ عُرفاً ؛ لأنَّهُ إنَّما نهىٰ عنِ الخمسينَ ليكونَ غايةً في التقليلِ ، وما دونَها أَقلُّ منها ، فلا يجوزُ مخالفةُ نهيهِ .

فرعٌ : [الشراء بأزيد ممَّا عين الموكل] :

وإنْ قالَ : ٱشترِ لي هٰذا العبدَ بمئةِ درهَمٍ ، فٱشتراهُ لهُ بمئةِ درهمٍ وعَشَرةً . . لَمْ يَلزَمِ الموكِّلَ .

وقالَ أَبو العبّاسِ : يَلزَمُ العبدُ[2] الموكِّلَ بمئةٍ ، والعشَرةُ علىٰ الوكيلِ ؛ لأنَّهُ متبرِّعٌ بها .

والأَوّلُ أَصحُّ ؛ لأنَّهُ زادَ علىٰ الثَّمَنِ المأذونِ فيهِ ، فلَمْ يَلزَمِ الموكِّلَ ، كما لو وكَّلهُ أَنْ يشتريَ لهُ عبداً ، وأَطلقَ ، فٱشترىٰ لهُ بأَكثرَ مِنْ ثَمَنِ المِثلِ ، ولأنَّهُ لو قالَ : بِعِ هٰذا

---

(١) أي ثمناً ، فلم يجز لمخالفته قول الموكِّل .

(٢) أي يلزم الموكِّل أن يدفع قيمة شراء العبد مئة كما وكَّلهُ .

العبدَ بمئةِ درهمٍ ، فباعهُ بتسعينَ درهماً . . لَمْ يَجُزْ أَنْ يُقالَ : يَصِحُّ البيعُ بالتسعينَ ، ويَلزمُ الوكيلَ عشَرةٌ ، فإذا لَمْ يَصِحَّ ذٰلكَ في البيعِ . . لَمْ يَصِحَّ في الشراءِ .

فرعٌ : [لزوم شراء الوكيل إذا كانت الشروط مستوفاة وزيادة] :

قالَ أَبو العبّاسِ : إنْ قالَ : ٱشترِ لي عبداً حبشيّاً أَو رُوميّاً ، خماسيّاً أَو سداسيّاً[١] بمئةٍ ، فٱشترىٰ لهُ عبداً بتلكَ الصفةِ بمئةٍ . . لَزِمَ الموكِّلَ ؛ لأَنَّهُ مأذونٌ فيهِ نُطقاً ، وإنِ ٱبتاعهُ علىٰ تلكَ الصفةِ بدونِ المئةِ . . لَزِمَ الموكِّلَ ؛ لأَنَّهُ مأذونٌ فيهِ عُرفاً ، وإنْ كانَ العبدُ لا يساوي مئةً . . لَمْ يَلزمِ الموكِّلَ ؛ لأَنَّهُ إنَّما أَذِنَ لهُ في ٱبتياعِ عبدٍ بتلكَ الصفةِ يساوي مئةً ، فإذا ٱبتاعَ بأَقلَّ مِنْ مئةٍ ، ولا يساوي مئةً . . لَمْ يَتضمَّنْهُ إذنُهُ نُطقاً ، ولا عُرفاً ، وإنِ ٱشترىٰ لهُ عبداً بمئتينِ ، وهوَ يساوي ذٰلكَ . . لَمْ يَلزَمِ الموكِّلَ ؛ لأَنَّهُ غيرُ مأذونٍ فيهِ نُطقاً ، ولا عُرفاً .

فرعٌ : [من وكَّل في السَّلَم بنوع لا يبدِّله] :

قالَ أَبو العبّاسِ : إذا دَفعَ إلىٰ وكيلِهِ دراهمَ ، وقالَ : أَسلِفْها لي في طعامٍ ، أَو في الطعامِ . . أَسلَفَها في الحنطةِ ، فإنْ أَسلَفَها في الشعيرِ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّ إطلاقَ ٱسمِ الطعامِ في العُرفِ ينصرفُ إلىٰ الحِنطةِ دونَ غيرِها وإنْ كانَ الطعامُ ٱسماً للكلِّ في اللُّغةِ ، إلاَّ أَنَّ الاعتبارَ في العُرفِ دونَ العُمومِ ، أَلا ترىٰ أَنَّهُ لو قالَ : ٱشترِ لي خُبزاً . ٱنصرفَ ذٰلكَ إلىٰ الخُبزِ المعتادِ في موضعهِ ، حتَّىٰ إنْ كانَ في العراقِ . . لَمْ يَجُزْ أَنْ يَشتريَ لهُ خُبزَ الأَرُزِّ ؟ **هٰكذا ذكرَ عامَّةُ أَصحابِنا** .

وقالَ أَبو المَحاسنِ : إذا قالَ : ٱشترِ لي بها الطعامَ . . لَمْ يَصِحَّ التوكيلُ خلافاً لأَبي حنيفةَ .

---

(١) **خماسياً أو سداسياً** : يعني طوله خمسة أو ستة أشبار ، قال في « المصباح » : يقال في الرقيق والوصائف .

دليلُنا : أَنَّ التوكيلَ بشراءِ الطعامِ علىٰ الإجمالِ والإبهامِ لا يَصِحُّ ، كما لو لَمْ يَذكُرِ الثَّمَنَ ، ولَمْ يدفعْهُ ، فإنْ كانَ قد وكَّلَهُ أَنْ يُسلِفَها في طعامٍ إلىٰ أَجلٍ ، فأَسلَفَها في طعامٍ حالٍّ ، فإنْ لَمْ يُقدِّر لهُ قَدرَ الطعامِ المُسلَم فيهِ . . لَمْ يَصِحَّ السَّلَمُ ؛ لأَنَّهُ ما مِنْ شيءٍ يُسلِمُ فيهِ المُسلِمُ إلىٰ أَجلٍ بدِرهَمٍ إلاَّ إذا أَسلفَ فيهِ حالاً يُسلِفُ فيهِ أَكثرَ مِنَ الدرهَمِ ، وإنْ قدَّرَ لهُ الطعامَ المُسلَمَ فيهِ إلىٰ الأَجلِ ، فأَسلفَ في ذٰلكَ القَدْرِ حالاً . . فهلْ يَصِحُّ ؟ فيهِ وجهانِ ، مضىٰ ذِكرُهما .

فإذا حلَّ السَّلَمُ ، وكانَ قد أَذِنَ لهُ في القبضِ ، أَو قلنا : لهُ أَنْ يَقبِضَ بمقتضىٰ الوكالةِ بالسَّلَمِ ، فقَبَضهُ الوكيلُ . . صحَّ قبضُهُ .

فإنْ أَبرأَ الوكيلُ المُسلَمَ إليهِ مِنَ الطعامِ ، فإنْ كانَ قد ذَكرَ لهُ الوكيلُ المُسلَمَ لهُ في السَّلَمِ ، أَو نواهُ وصدَّقهُ المُسلَمُ إليهِ . . لَمْ يَصِحَّ إبراؤُهُ ؛ لأَنَّهُ لا يَصِحُّ إبراءُ الوكيلِ مِنْ مالِ الموكِّلِ ، وإنْ لَمْ يَذكرْهُ في السَّلَمِ ، ولا صدَّقَهُ المُسلَمُ إليهِ أَنَّهُ نواهُ . . فالظاهرُ أَنَّ السَّلَمَ للوكيلِ ، ويَصِحُّ إبراؤُهُ ، ويَضمَنُ الوكيلُ للموكِّلِ مِثلَ الطعامِ ؛ لأَنَّهُ حالَ بينهُ وبينَ طعامهِ بالبراءَةِ ، فصارَ كما لو قَبضَهُ وأَتلفَهُ .

فرعٌ : [جواز أن يُسْلِم له بما في ذمته] :

قالَ أَبو العبّاسِ : إذا قالَ رجلٌ لغيرِهِ : أَسلِفْ لي مئةَ درهَمٍ في طعامٍ ، وٱنقُدِ المئةَ مِنْ مالي عليكَ في ذِمَّتِكَ ، ففعلَ الوكيلُ ذٰلكَ . . جازَ ، وكانَ الطعامُ للموكِّلِ ، وبَرِئتْ ذمَّةُ الوكيلِ مِنَ القَدرِ الذي دَفعَ مِنَ الدراهمِ في السَّلَمِ ؛ لأَنَّهُ دَفعَ تلكَ المئةَ بإذنِ الموكِّلِ ، فهوَ كما لو أَمرَهُ بدفعِهِ إلىٰ وكيلهِ ، فدفَعهُ .

قالَ أَبو العبّاسِ : ولو قالَ : أَسلِفْ لي مئةَ درهَمٍ في طعامٍ ، وٱنقُدِ المئةَ مِنْ عندِكَ لتكونَ لكَ عليَّ قَرْضاً ، ففعلَ ذٰلكَ . . جازَ ؛ لأَنَّهُ يجوزُ للإنسانِ أَنْ يبتاعَ شيئاً لغيرِهِ بمالِ نفسهِ بعِوضٍ يَستحِقُّهُ عليهِ ، كما إذا قالَ لغيرِهِ : أَعتِقْ عبدَكَ عَنْ كفّارتي وعليَّ قيمتُهُ ، فأَعتقَهُ عنهُ . . صحَّ ، ولَزِمتْهُ القيمةُ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وهاتانِ المسأَلتانِ سهوٌ مِنْ أَبي العبّاسِ ، ومذهبُ الشافعيِّ :

(أَنَّهُ لا يجوزُ أَنْ يشتريَ لغيرِهِ شيئاً بمالِهِ) ، وإِنَّما فرَّعهُ علىٰ مذهبِ أَبي حنيفةَ ، **وتأويلُ المسأَلةِ الأُولىٰ** : أَنْ يقولَ : أَسلِفْ لي مئةَ درهَمٍ في كُرٍّ[1] مِنْ طعامٍ ـ ولا يُعيِّنُهُ بالدَّينِ ـ ثُمَّ يأذنُ لهُ أَنْ يُسلِمَ الدَّينَ الذي عليهِ عنها ، فَيبرأُ .

وتأويلُ الثانيةِ : أَنْ يقولَ : أَسلِفْ لي مئةَ درهَمٍ في ذمَّتي في كُرٍّ مِنْ طعامٍ ، فإِذا فعلَ . . قالَ : ٱقضِ عنِّي المئةَ لأَدفعَ إِليكَ عِوَضَها .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وعندي : أَنَّ الذي أَرادَ أَبو العبّاسِ : أَنْ يُسلِمَ هٰكذا ، ولا يحتاجُ إِلىٰ ما شَرطَ مِنْ تأخيرِ الإِذنِ ، ويجوزُ لهُ أَنْ يدفعَ الثَّمَنَ مِنْ عندِهِ ، أَو يدفعَ الدَّينَ الذي عليهِ ؛ لأَنَّ التصرُّفَ مِنَ الوكيلِ يجوزُ تعليقُهُ بالشرطِ ، قالَ : وكذٰلكَ إِذا قالَ : ٱشترِ بهِ عبداً ، سواءٌ عيَّنَهُ ، أَو لَمْ يعيِّنْهُ ، وبهِ قالَ أَبو يوسفَ ، ومحمَّدٌ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إِنْ عيَّنَ العبدَ[2] . . جازَ ، وإِنْ لَمْ يُعيِّنْهُ . . لَمْ يَجُزْ) .

دليلُنا : أَنَّهُ دَفعَ بإِذنهِ ، فأَشبهَ إِذا عيَّنَ .

فرعٌ : [ٱشترىٰ بدينارٍ شاتينِ قيمةُ إِحداهُما دينارٌ] :

وإِنْ دَفعَ إِلىٰ رجلٍ ديناراً ، ووكَّلهُ أَنْ يشتريَ لهُ شاةً بدينارٍ ، فٱشترىٰ لهُ شاتينِ بدينارٍ ، فإِنْ كانتْ كلُّ واحدةٍ لا تساوي ديناراً . . لَمْ يَصِحَّ الشراءُ في حقِّ الموكِّلِ ؛ لأَنَّهُ خالفَ الإِذنَ النُّطقيَّ والعُرفيَّ ؛ لأَنَّ مَنْ رضيَ شاةً بدينارٍ لا يرضىٰ بما دونَها ، وإِنْ كانتْ كلُّ واحدةٍ منهما تساوي ديناراً ، فإِنِ ٱشتراهما في الذمَّةِ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : أَنَّ المِلْكَ فيهما للموكِّلِ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لما رُويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ دفعَ إِلىٰ عُروةَ البارقيِّ ديناراً ، وأَمَرهُ أَنْ يشتريَ لهُ شاةَ أُضحيَّةٍ ، فٱشترىٰ لهُ شاتينِ ، فلقيَهُ رجلٌ ، فٱشترىٰ منهُ شاةً بدينارٍ ، فأَتىٰ النبيَّ ﷺ بشاةٍ ودينارٍ ، فقالَ : « بَارَكَ ٱللهُ لَكَ في صَفْقَةِ يَمِيْنِكَ » . فكانَ لوِ ٱشترىٰ تُراباً لربحَ فيهِ . فأَقرَّهُ النبيُّ ﷺ علىٰ ذٰلكَ ، فدلَّ علىٰ

---

(١) **الكُرُّ** : مكيال . وسلف .

(٢) في (م) : (العين) .

جوازِهِ ، ولأنَّهُ مأذونٌ فيهِ مِنْ طريقِ العُرفِ ؛ لأنَّ مَنْ يَرضىٰ بشاةٍ تساوي ديناراً بدينارٍ . . يرضىٰ بشاتينِ تساوي كلُّ واحدةٍ منهما ديناراً بدينارٍ .

فإذا قلنا بهٰذا : فباعَ الوكيلُ إحداهما . . فهلْ يَصِحُّ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَصِحُّ ؛ لحديثِ عُروةَ البارقيِّ ، ولأنَّهُ قد بَلغَهُ مقصودُهُ ، فصحَّ كما لوِ ٱشترىٰ لهُ شاةً تساوي ديناراً بنِصفِ دينارٍ ، فأتاهُ بشاةٍ ونِصفِ دينارٍ .

والثاني : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّهُ باعَ مالَ غيرِهِ بغيرِ إذنهِ ، فلَمْ يَصِحَّ ، كما لوِ ٱشترىٰ لهُ شاةً بدينارٍ ، فباعَها بدينارينِ ، وحديثُ عُروةَ يُتأوَّلُ علىٰ : أَنَّهُ كانَ وكيلاً مطلَقاً .

والقولُ الثاني : إنَّ المِلكَ ٱنتقلَ إلىٰ الموكِّلِ في إحداهُما ، وإلىٰ الوكيلِ في الأُخرىٰ ، ووجهُهُ مِنْ حديثِ عُروةَ البارقيِّ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ أجاز بيعَهُ في إحداهُما) . فلولا أَنَّ عُروةَ قدْ ملكَ إحداهُما . . لَمَا صحَّ بيعُهُ فيها ، إذْ لو مَلَكَهما النبيُّ ﷺ . . لَمَا صحَّ بيعُ عُروةَ لإحداهُما بغيرِ إذنهِ ، ولأنَّ الموكِّلَ أَذِنَ لهُ في ٱبتياعِ شاةٍ ، فملَكها ، ولَمْ يأذنْ لهُ في ٱبتياعِ الأُخرىٰ ، فلَمْ يَملِكْها .

فإذا قلنا بهٰذا : كانَ الموكِّلُ بالخِيارِ : بينَ أَنْ يأخذَ إحداهُما بنِصفِ دينارٍ ، ويَرجِعَ علىٰ الوكيلِ بنِصفِ دينارٍ ، وبينَ أَنْ يأخذَهُما جميعاً بالدينارِ ؛ لأنَّهُ إذا جازَ للشفيعِ أَنْ يَنتزِعَ مِلكَ المشتري بالثَّمَنِ بغيرِ ٱختيارِهِ لاشتراكِهما في المِلكِ . . فلأَنْ يجوزَ للموكِّلِ أَنْ يَنتزِعَ مِلكَ الوكيلِ الذي أَضافَ ٱبتياعَهُ والعقدَ فيهِ إليهِ أَولىٰ وأَحرىٰ .

وأَمَّا إذا كانتْ إحدىٰ الشاتينِ تساوي ديناراً ، والأُخرىٰ لا تساوي ديناراً . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما ٱبنُ الصبّاغِ :

أَحدُهما : لا يَصِحُّ الشراءُ في حقِّ الموكِّل في واحدةٍ منهما ؛ لأنَّهُ أَذِنَ لهُ في شراءِ شاةٍ تساوي ديناراً ، فلا يَقعُ لهُ غيرُها .

والثاني : يَصِحُّ ، **وهوَ الأَقيسُ** ، ولَمْ يذكرْ في « المجموعِ » و« الفروعِ » غيرَ هٰذا ؛ لأنَّهُ قد وُجِدَ المأذونُ فيهِ ، وزيادةٌ .

فإنْ قلنا : إنَّهما للموكِّلِ ، فباعَ الوكيلُ التي تساوي ديناراً . . لَمْ يَصِحَّ بيعُهُ لها ،

وجهاً واحداً ؛ لأَنَّهُ لا يحصلُ للموكِّلِ غرَضُهُ ، وإِنْ باعَ التي لا تساوي ديناراً . . فهلْ يَصِحُّ بيعُهُ ؟ علىٰ الوجهينِ الأَوَّلينِ .

وإِنْ قلنا : إِنَّ للوكيلِ إِحداهُما . . كانَ لهُ التي لا تساوي ديناراً بحصَّتِها مِنَ الدينارِ ، وللموكِّلِ الخِيارُ في أَخذِها ، كما مضىٰ .

وإِنِ ٱبتاعَ الشاتينِ التي تساوي كلُّ واحدةٍ ديناراً بعينِ دينارِ الموكِّلِ ، فإِنْ قلنا : إِنَّ الجميعَ للموكِّلِ . . صحَّ البيعُ فيهما لهُ ، والحكمُ فيهما[1] ما مضىٰ ، وإِنْ قلنا : إِنَّ المِلكَ في إِحداهُما للوكيلِ . . صحَّ البيعُ في إِحداهُما ، ويبطلُ في الأُخرىٰ ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ أَنْ يَصِحَّ لهُ الابتياعُ بعينِ مالِ غيرِهِ .

مسأَلةٌ : [شراء الوكيلِ يَجعلُ السِّلعة للموكِّلِ] :

إِذا وكَّلَ رجلاً في شراءِ سِلعةٍ ، فٱشتراها الوكيلُ للموكِّلِ . . دَخلتْ في مِلكِ الموكِّلِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (تدخلُ في مِلكِ الوكيلِ أَوَّلاً ، ثُمَّ تنتقلُ منهُ إِلىٰ الموكِّلِ) .

دليلُنا : أَنَّهُ قَبِلَ العقدَ لغيرِهِ ، فإِذا صحَّ قَبولُهُ لهُ . . لَمْ يَملِكْهُ الوكيلُ ، كما لو قَبِلَ لهُ النكاحَ ، وقدْ وافقَنا علىٰ النكاحِ ، ولأَنَّهُ لو وكَّلَهُ في بيعِ السِّلعةِ ، فباعَها . . لَمْ يَملِكْها الوكيلُ ، وكذٰلكَ إِذا وكَّلَهُ في شرائِها . . لا يَملِكُها الوكيلُ أَيضاً .

فرعٌ : [وكَّلهُ في شراءِ جاريةٍ معيَّنةٍ فخالفَهُ] :

وإِنْ وكَّلهُ أَنْ يشتريَ لهُ جاريةً معيَّنةً ، فٱشترىٰ لهُ غيرَها ، أَو أَذِنَ لهُ أَنْ يَشتريَها بثمنٍ مقدَّرٍ ، فٱشتراها بأَكثرَ منهُ ، أَو بغيرِ جنسهِ . . فإِنَّ الشراءَ لا يَصِحُّ في حقِّ الموكِّلِ ؛ لأَنَّهُ يُخالفُ الإِذنَ النطقيَّ والعُرفيَّ ، وهلْ يَصِحُّ الشراءُ للوكيلِ ؟ يُنظرُ فيهِ :

فإِنِ ٱشترىٰ بعينِ مالِ الموكِّلِ ، فإِنْ ذَكرَ : أَنَّهُ يشتري لموكِّلهِ في العقدِ ، أَو لَمْ يذكرِ الموكِّلَ ، ولٰكنْ صدَّقَهُ البائعُ أَنَّ المالَ للموكِّلِ ، أَو قامتِ البيِّنةُ علىٰ ذٰلكَ . . لَمْ يَصِحَّ

---

(١) في (م) : (فيه) .

الشراءُ في حقِّ الوكيلِ ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ أَنْ يبتاعَ لنفسهِ بعينِ مالِ غيرهِ ، وإِنْ لَمْ يذكرِ الوكيلُ الموكِّلَ في العقدِ ، فٱدَّعىٰ البائعُ أَنَّ الوكيلَ ٱشترىٰ لنفسهِ بمالِ نفسهِ . . فالقولُ قولُ البائعِ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ الظاهرَ مِمّا في يدِ الإنسانِ أَنَّهُ يَملِكهُ ، ويُحكَمُ بصحَّةِ الشراءِ للوكيلِ ، ويَغرَمُ الوكيلُ للموكِّلِ ما دفعَ مِنْ عينِ مالهِ ؛ لأَنَّهُ ضَمِنَهُ بذٰلكَ .

وإِنْ كانَ قدِ ٱشترىٰ بثمنٍ في الذمَّةِ ، فإِنْ لَمْ يذكرِ الموكِّلَ في الشراءِ . . ٱنعقدَ الشراءُ للوكيلِ ؛ لأَنَّهُ ٱشترىٰ لغيرهِ ما لَمْ يؤذنْ لهُ فيهِ ، فٱنعقدَ لهُ كما لو لَمْ يوكِّلْهُ ، وإِنْ ذَكرَ في العقدِ : أَنَّهُ يشتريهِ[1] للموكِّلِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَصِحُّ في حقِّ الوكيلِ ؛ لأَنَّ البائعَ أَوجبَهُ للموكِّلِ ، فإِذا لَمْ يَلزمْهُ . . لَمْ يَصِحَّ ، كما لو وكَّلهُ أَنْ يتزوَّجَ لهُ ٱمرأَةً ، فتزوَّجَ لهُ غيرَها .

والثاني ـ وهوَ قولُ أَبي إِسحاقَ ـ : أَنَّ الشراءَ يَصِحُّ للوكيلِ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ ٱشترىٰ في الذمَّةِ لغيرهِ ما لَمْ يأذنْ لهُ فيهِ ، فٱنعقدَ في حقِّ الوكيلِ ، كما لو لَمْ يذكرِ الموكِّلَ ، ويخالفُ النكاحَ ؛ لأَنَّ القصدَ أَعيانُ الزوجينِ ، ولهٰذا يُشترطُ أَنْ يَقبلَ النكاحَ بٱسمِ الزوجِ ، والقصدَ بالبيعِ الثَّمَنُ ، ولهٰذا يَصِحُّ أَنْ يَقبَلَ الوكيلُ البيعَ لموكِّلهِ وإِنْ لَمْ يُسمِّهِ .

مسأَلَةٌ : [إِشهادُ الوكيلِ علىٰ الإقباضِ] :

وإِنْ وَكَّلهُ في قضاءِ دينٍ عليهِ . . لزمَ الوكيلَ أَنْ يُشهِدَ علىٰ القضاءِ ؛ لأَنَّهُ مأمورٌ بالنُّصحِ لهُ فيما وُكِّلَ فيهِ ، ومِنَ النُّصحِ لهُ أَنْ يُشهِدَ ، فإِذا ٱدَّعىٰ الوكيلُ أَنَّهُ قدْ قضىٰ الغريمَ ، فإِنْ صدَّقَهُ الغريمُ . . فلا كلامَ ، وإِنْ كذَّبَهُ ، ولَمْ تكنْ هناكَ بيِّنةٌ حاضرةٌ . . فالقولُ قولُ الغريمِ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ القضاءِ ، ولا يُقبَلُ قولُ الوكيلِ علىٰ الغريمِ ؛ لأَنَّ الوكيلَ ليسَ بأَمينٍ للغريمِ ، فلا يُقبَلُ قولهُ عليهِ ، كالوصيِّ إِذا ٱدَّعىٰ دفعَ المالِ إِلىٰ اليتيمِ ، ولأَنَّ يدَ الوكيلِ كيدِ الموكِّلِ ، ولوِ ٱدَّعىٰ الموكِّلُ علىٰ الغريمِ أَنَّهُ قضاهُ . . لَمْ يُقبَلْ قولُهُ عليهِ ، فكذٰلكَ الوكيلُ .

---

(١) في نسخة : (يشتري به) .

فإذا حلفَ الغريمُ . . أخذَ حقَّهُ مِنَ الموكِّلِ ؛ لأنَّ حقَّهُ عليهِ ، وتبقىٰ الخُصومةُ بينَ الوكيلِ والموكِّلِ ، فإنْ كانَ الوكيلُ قدْ دفعَ إلىٰ الغريمِ بغَيْبةِ الموكِّلِ . . نَظرتَ :

فإنْ دفعَ مِنْ غيرِ إشهادٍ . . ضَمِنَ ما دفعَ ؛ لأنَّهُ فرَّطَ في ذٰلكَ .

وإنْ كانَ قدْ أشهدَ علىٰ الدفعِ شاهدينِ عدلينِ ، ثُمَّ ماتا ، أو فسَقا ، وصدَّقَهُ الموكِّلُ علىٰ ذٰلكَ . . لَمْ يَلزَمْهُ الضمانُ ؛ لأنَّهُ غيرُ مفرِّطٍ .

وإنْ أشهدَ علىٰ الدفعِ شاهدينِ لا تُقبَلُ شهادتُهما ، فإنْ كانَ ما تُردُّ بهِ شهادتُهما أمراً ظاهراً ، بأنْ كانا كافرينِ ، أو عبدينِ ، أو فاسقينِ ظاهريِ الفِسقِ . . كانَ كما لو لَمْ يكنْ أشهدَ ، ويلزمُهُ الضمانُ ، وإنْ كانَ فِسقُهما خفيّاً لا يَعرِفُهُ إلاَّ الحاكمُ معَ البحثِ . . ففيهِ وجهانِ ، مضىٰ ذكرُهُما في (الضمانِ) .

وإنْ أشهدَ شاهداً واحداً ، فإنْ كانَ حاضراً . . حلَفَ معهُ الوكيلُ ، وثبَتَ الدفعُ ، وإنْ كانَ غائباً ، أو ميِّتاً ، أو كانَ عدلاً لٰكنَّهُ فَسَقَ . . ففيهِ وجهانِ ، ذكرناهُما في (الضمانِ) أيضاً .

وإنْ كانَ الوكيلُ قدْ دفعَ إلىٰ الغريمِ بحضرةِ الموكِّلِ ، ولَمْ يُشهِدْ . . ففيهِ وجهانِ :

أحدُهما : يجبُ عليهِ الضمانُ ؛ لأنَّهُ دفعَ دفعاً لا يبرىءُ ، فلَزِمَهُ الضمانُ ، كمَا لو دفعَ بغَيْبةِ الموكِّلِ ، ولأنَّ سببَ الضمانِ هوَ تركُ الإشهادِ ، فلا يَسقطُ حكمُهُ بحضورِ الموكِّلِ ، كمَا لو أتلفَ مالَ رجلٍ بحضرتهِ .

والثاني : لا يَلزَمُ الوكيلَ الضمانُ ؛ لأنَّ الوكيلَ إنَّما يَلزمُهُ الإشهادُ بغَيْبةِ الموكِّلِ ، فأمَّا إذا حضرَ : فالاحتياطُ في الإشهادِ إليهِ ، فإذا لَمْ يَفعلْ . . كانَ هوَ المفرِّطَ ، فلا يضمنُ غيرُهُ مالَهُ بتفريطِ نفسهِ .

فرعٌ : [الإشهادُ عندَ الإيداعِ] :

وإنْ وكَّلَهُ : أنْ يودِعَ مالَهُ عندَ غيرهِ . . فهلْ يجبُ علىٰ الوكيلِ الإشهادُ علىٰ الدفعِ للمودَعِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : يَلزَمُهُ ، كما قلنا في قضاءِ الدَّينِ .

والثاني : لا يَلزَمُهُ ؛ لأَنَّهُ لا فائدةَ في الإشهادِ ؛ لأَنَّ القولَ قولُ المُودَعِ في التلفَ والردِّ .

فإنِ ٱدَّعىٰ الوكيلُ أَنَّهُ قدْ دفعَ الوديعةَ إِلىٰ المودَعِ ، فأَنكرَ المودَعُ . . فالقوْلُ قولُهُ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ الإيداعِ ، ولا يُقبَلُ قولُ الوكيلِ عليهِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يأتَمِنْهُ ، فإِذا حلَفَ المودَعُ . . ٱنقطعتِ الخُصومةُ عنهُ ، وتبقىٰ الخُصومةُ بينَ الموكِّلِ والوكيلِ .

فإِنْ كانَ الوكيلُ قدْ أَشهدَ علىٰ الإِيداعِ ، أَو ٱعترفَ لهُ الموكِّلُ بذٰلكَ . . فلا ضمانَ عليهِ ؛ لأَنَّهُ غيرُ مفرِّطٍ ، وإِنْ لَمْ يُشهِدْ علىٰ الإِيداعِ ، فإِنْ كانَ قدْ دفعَ الوديعةَ بغَيْبَةِ الموكِّلِ ، فإِنْ قلنا : يَلزَمُهُ الإِشهادُ علىٰ الدفعِ . . لَزِمَهُ الضمانُ ؛ لأَنَّهُ فرَّطَ في تركِ الإِشهادِ ، وإِنْ قلنا : لا يَلزَمُهُ الإِشهادُ . . فلا ضمانَ عليهِ ، وإِنْ كانَ قدْ دفعَ الوديعةَ بحضرةِ الموكِّلِ مِنْ غيرِ إِشهادٍ ، فإِنْ قلنا : لا يَلزمُهُ الإِشهادُ . . فلا ضمانَ عليهِ ، وإِنْ قلنا : يَلزمُهُ الإِشهادُ . . فهلْ يَلزمُهُ الضمانُ هاهُنا ؟ فيهِ وجهانِ ، كمَا قلنا في قضاءِ الدَّينِ .

مسأَلَةٌ : [ٱدِّعاءُ الوكالةِ تثبُتُ معَ الشاهدينِ] :

إِذا كانَ عندَ رجلٍ لآخَرَ حقٌّ ، إِمَّا عينٌ في يدهِ ، أَوْ دينٌ في ذِمَّتهِ ، فجاءَ رجلٌ إِلىٰ مَنْ عليهِ الحقُّ ، فقالَ : قدْ وكَّلَني فلانٌ بقبضِ حقِّهِ منكَ ، وأَقامَ الوكيلُ علىٰ ذٰلكَ شاهدينِ . . ثبَتَتْ وكالتُهُ ، وٱستحقَّ المطالبةَ ، فإِنْ قالَ مَنْ عليهِ الحقُّ : كذَبَ الشاهدانِ ، والوكيلُ يَعلمُ أَنَّهما شهدا عليَّ بالزورِ ، فإِنْ حلَّفهُ : أَنَّهُ لا يعلمُ ذٰلكَ . . لَمْ يَلزمهُ أَنْ يحلفَ ؛ لأَنَّ هٰذا طعنٌ علىٰ البيِّنةِ العادلةِ .

فإِنْ قالَ : قدْ قبضَ الموكِّلُ حقَّهُ ، أَو أَبرأَني منهُ . . لَمْ يُقبَلْ قولُهُ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ ذٰلكَ ، فإِنِ ٱدَّعىٰ أَنَّ الوكيلَ يعلمُ ذٰلكَ وطلبَ يمينَهُ . . حلَفَ الوكيلُ : أَنَّهُ لا يعلمُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ يحلِفُ علىٰ نفيِ فعلِ الغيرِ ، فإِنْ قالَ للوكيلِ : أَخِّرِ القبضَ حتَّىٰ يحضُرَ الموكِّلُ . . لَمْ يَلزمْهُ التأخيرُ ؛ لأَنَّهُ قدْ ثبتَ لهُ تعجيلُ القبضِ ، فلا يَلزمُهُ تأخيرُهُ ، فإِذا قبَضَ الوكيلُ الحقَّ ، ثُمَّ حضَرَ الموكِّلُ ، وطالبَهُ . . كانَ لِمَنْ عليهِ الحقُّ أَنْ يستحلِفَ الموكِّلَ أَنَّهُ ما قبضَ الحقَّ ، ولا أَبرأَهُ منهُ ، فإِنْ حلَفَ . . فلا كلامَ ، وإِنْ أَقرَّ بالقبضِ ،

أو نَكَلَ وحلَفَ مَنْ عليهِ الحقُّ . . ٱسترجعَ ما قبضَهُ الوكيلُ ، فإنْ قالَ مَنْ عليهِ الحقُّ[1] للمُوكِّلِ : ٱحلفْ : أَنَّ شهودَكَ شهدوا بحقٍّ عليَّ . . لَمْ يَلزمْهُ أَنْ يحلِفَ ؛ لأَنَّ في ذٰلكَ طَعناً علىٰ البيِّنةِ .

وإنْ لَمْ يُقمِ البيِّنةَ علىٰ وكالتهِ . . نَظرتَ فيمنْ عليهِ الحقُّ :

فإنْ صدَّقَ الوكيلَ فيما ٱدَّعىٰ . . جازَ لهُ الدفعُ إليهِ ، ولا يجبُ عليهِ .

وقالَ المُزنيُّ : يجبُ عليهِ الدفعُ إليهِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إنْ كانَ الحقُّ ديناً . . وَجبَ عليهِ دفعهُ إليهِ ، وإنْ كانَ عَيناً ـ فعنهُ روايتانِ ، أَشهرُهما ـ : أَنَّهُ لا يجبُ عليهِ الدفعُ إليهِ) .

دليلُنا : أَنَّ إقرارَهُ بالوكالةِ لا يتضمَّنُ براءَتَهُ بدفعهِ إليهِ ، فَلَمْ يَلزمْهُ الدفعُ ، كمَا لو كانَ الحقُّ عيناً ، ولأَنَّهُ دفعٌ لا يَبرأُ بهِ مَنْ عليهِ الحقُّ إذا أَنكرَ الموكِّلُ الوكالةَ ، فلَمْ يَلزمْهُ الدفعُ ، كمَا لو كانَ عليهِ دينٌ بشهادةٍ ، فطولبَ بهِ مِنْ غيرِ إشهادٍ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فإنْ دفعَ مَنْ عليهِ الحقُّ إلىٰ الوكيلِ ، ثُمَّ حضرَ الموكِّلُ ، فإنْ صدَّقَهُ علىٰ الوكالةِ . . فقدْ بَرِىءَ الدافعُ ، وصحَّ القبضُ ، وإنْ أَنكرَ الوكالةَ . . فالقوْلُ قولُهُ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ الوكالةِ ، فإذا حلَفَ . . نَظرتَ :

فإنْ كانَ الحقُّ عيناً ، فإنْ كانتْ قائمةً . . كانَ لهُ أَنْ يطالِبَ بِها مَن شاءَ مِنَ الدافعِ والقابضِ ؛ لأَنَّ الدافعَ دفعَ ما لَمْ يكنْ لهُ دفعُهُ ، والقابضَ قبضَ ما ليسَ لهُ قبضُهُ ، فإذا طالبَ الدافعَ . . كانَ للدافعِ أَنْ يطالِبَ القابضَ بردِّها إليهِ . وإنْ كانتِ العينُ تالفةً . . كانَ لهُ أَنْ يطالِبَ بقيمتِها مَن شاءَ منهما ، كمَا لو كانتْ قائمةً ، فإذا رجعَ علىٰ أَحدِهما بقيمتِها . . لَمْ يكنْ للمرجوعِ عليهِ أَنْ يرجعَ علىٰ الآخرِ ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهما يقولُ : ظلمني الموكِّلُ برجوعهِ عليَّ ، فلا يكونُ لهُ الرجوعُ علىٰ غيرِ مَنْ ظلمَهُ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وإنْ أَتلفَها القابضُ ، أَو تلِفتْ عندَهُ بتفريطٍ ، فرجعَ الموكِّلُ علىٰ الدافعِ . . فينبغي أَنْ يرجِعَ الدافعُ علىٰ القابضِ ؛ لأَنَّهُ وإنْ كانَ يُقِرُّ أَنَّهُ قبَضَهُ قبضاً

---

(١) في نسخة بدل قوله : (استرجع . . . الحق) : (فقيل) .

صحيحاً ، وأَنَّ الضمانَ علىٰ القابضِ للموكِّلِ دونَهُ . . فإِنَّهُ يقولُ : ظلَمني بالرجوعِ عليَّ ، ولٰكنْ[1] لهُ قيمةُ العينِ علىٰ القابضِ ، فكانَ لهُ أَخذُ حقِّهِ الذي ظلَمَهُ بهِ مِنَ الذي يملِكُهُ علىٰ الوكيلِ .

فإِنْ كانَ الحقُّ دَيناً . . فلمَنْ لهُ الحقُّ أَنْ يرجِعَ بدينهِ علىٰ الدافعِ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّ الحقَّ لهُ ثابتٌ في ذمَّتهِ ، وهلْ لهُ أَنْ يرجِعَ علىٰ القابضِ ؟ فيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ أَبو إِسحاقَ : لهُ أَنْ يَرجِعَ عليهِ ؛ لأَنَّهُ مقِرٌّ بأَنَّهُ قدْ قبَضَ الحقَّ لَهُ .

و**[الثاني]** : **قالَ عامَّةُ أَصحابِنا** : ليسَ لهُ الرجوعُ عليهِ ، **وهو الصحيحُ** ؛ لأَنَّ حقَّ صاحبِ الدينِ في ذمَّةِ مَنْ عليهِ الدينُ لَمْ يتعيَّنْ في المقبوضِ .

فإِنْ قُلنا بقولِ أَبي إِسحاقَ ، وقبَضَ مَنْ لهُ الدينُ الحقَّ مِنَ الوكيلِ . . بَرِىءَ الدافعُ والوكيلُ .

وإِن قلنا : لا يجوزُ لهُ الرجوعُ عليهِ ، أَو قلنا : يجوزُ ، وٱختارَ الرجوعَ علىٰ مَنْ عليهِ الحقُّ ، فإِنْ كانَ المالُ باقياً في يدِ الوكيلِ . . فلمَنْ عليهِ الدينُ أَنْ يَرجِعَ بهِ علىٰ الوكيلِ ؛ لأَنَّ مَنْ عليهِ الدينُ يقولُ : قدْ ظلَمَني برجوعِهِ عليَّ ، ولٰكنْ هٰذا المالُ لهُ ، فلي أَخذُهُ بِما ظلَمني . وإِنْ كانَ المالُ قدْ تلِفَ في يدِ الوكيلِ بغيرِ تفريطٍ . . لَمْ يرجِعِ الدافعُ علىٰ الوكيلِ ؛ لأَنَّهُ مُقِرٌّ بأَنَّهُ أَمينٌ تلِفَ المالُ في يدِهِ بغيرِ تفريطٍ ، وإِنْ أَتلفَهُ الوكيلُ ، أَو فرَّطَ في تلَفِهِ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فللدافعِ أَنْ يَرجِعَ عليهِ ؛ لأَنَّهُ ظلَمهُ بالرجوعِ ، وهوَ يَستحِقُّ في ذمَّةِ الوكيلِ قدرَ ما أَتلفَهُ ، فكانَ لهُ أَخذُهُ بدَلاً عَمّا ظلَمهُ بهِ .

وإِنْ لَمْ يصدِّقْ مَنْ عليهِ الدينُ الوكيلَ في الوَكالةِ . . فالقولُ قولُهُ مِنْ غيرِ يمينٍ .

وقالَ أَبو حنيفةَ ، والمُزنيُّ : (يجبُ عليهِ أَنْ يحلِفَ) . وقدْ مضىٰ الدليلُ عليهما .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : الذي يجيءُ علىٰ أَصلِنا : أَنَّهُ لا تُسمَعُ دعوىٰ الوكيلِ علىٰ مَنْ عليهِ الدينُ ؛ لأَنَّ الوكيلَ في الخُصومةِ لا يَصِحُّ أَنْ يدَّعيَ قبلَ ثبوتِ وكالتِهِ .

---

(١) في نسخة : (وليس) .

فرعٌ : [ثبوتُ دعوىٰ الوكالةِ بشاهدينِ] :

إذا ٱدَّعىٰ الوَكالةَ ، وأَقامَ شاهدينِ ذَكرينِ . . ثبتتْ وكالتُهُ ، وإِنْ أَقامَ شاهداً وٱمرأَتينِ ، أَو شاهداً وأَرادَ أَنْ يحلِفَ معَهُ ، أَو أَربعَ نِسوةٍ . . لَمْ تثبُتْ وكالتُهُ بذٰلكَ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ ليسَ بمالٍ ، ولا المقصودُ منهُ المالُ ، وممّا يطَّلِعُ عليهِ الرجالُ ، فإِنْ شهدَ لهُ رجلٌ : أَنَّهُ وَكَّلَهُ ، وشهِدَ الآخرُ : أَنَّهُ وكَّلَهُ ، ثُمَّ عزَلَهُ . . لَمْ تثبُتْ وكالتُهُ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يبقَ معَهُ إِلاَّ شاهدٌ ؛ لأَنَّ الآخرَ لَمْ يُثبِتْ وكالتَهُ في الحالِ .

وإِنْ شهِدا لهُ بالوَكالةِ ، فحَكمَ الحاكمُ بوكالتهِ ، ثُمَّ قالَ أَحدُهما : قدْ عزَلَه ، أَو كانَ قدْ عزَلَهُ . . لَمْ يُحكَمْ ببُطلانِ الوَكالةِ ؛ لأَنَّهُ إِنْ كانَ ذٰلكَ رجوعاً عَنِ الشهادَةِ . . لَمْ يُقبَلْ ؛ لأَنَّ الرجوعَ عَنِ الشهادةِ بعدَ الحُكمِ لا يُقبَلُ ، وإِنْ كانَ ذٰلكَ ٱبتداءَ شهادَةٍ بالعَزلِ بعدَ الوَكالةِ . . لَمْ يُقبَلْ ؛ لأَنَّ العَزلَ لا يثبُتُ بشهادةِ واحدٍ ، وإِنْ قالا : عزَلَهُ بعدَ الحُكمِ ، فإِنْ كانَ ذٰلكَ رجوعاً . . لَمْ يُقبلا ، وإِنْ كانَ ٱبتداءَ شهادةٍ بالعَزلِ . . قُبِلتْ شهادتُهما ؛ لأَنَّ العَزلَ يثبُتُ بشاهدينِ .

وإِنْ شهِدَا لهُ بالوَكالةِ ، ثُمَّ قالَ أَحدُهما ـ قَبلَ الحكمِ بثبوتِ الوَكالةِ ـ : قدْ عزلهُ ، أو كان قدْ عزلهُ . . ففيهِ وجهانِ :

أحدهما : يحكمُ بثبوتِ الوكالةِ ؛ لأَنَّ هٰذا ليسَ برجوعٍ ، وإِنَّما هُو إِثباتٌ للعَزلِ ، والعَزلُ لا يثبُتُ بواحدٍ .

والثاني : لا يُحكمُ بِها ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَقُمْ علىٰ شهادَتهِ إِلىٰ أَنْ يقضيَ الحاكمُ بصحَّةِ الوَكالةِ ، فهو كما لو ذكرَ العزلَ مضافاً إِلىٰ الشهادةِ .

وإِنْ شهِدَ أَحدُهما : أَنَّهُ وَكَّلَهُ يومَ الخميسِ ، وشهدَ الآخرُ : أَنَّهُ وَكَّلَهُ يومَ الجمعةِ ، أَو شهدَ أَحدُهما : أَنَّهُ وَكَّلَهُ بالعربيَّةِ ، وشهدَ الآخرُ : أَنَّهُ وَكَّلَهُ بالفارسيَّةِ . . لَمْ تَثبُتِ الوَكالةُ ؛ لأَنَّها شهادةٌ علىٰ فعلينِ . وإِنْ شهدَ أَحدُهما : أَنَّهُ أَقرَّ يومَ الخميسِ أَنَّهُ وكَّلهُ ، وشَهدَ الآخرُ : أَنَّهُ أَقرَّ يومَ الجمعةِ أَنَّهُ وكَّلهُ ، أَو شهدَ أَحدُهما : أَنَّهُ أَقرَّ بالعربيَّةِ أَنَّهُ وكَّلهُ ، وشهِدَ الآخرُ علىٰ إِقرارهِ بالفارسيَّةِ أَنَّهُ وكَّلهُ . . ثبتَتِ الوَكالةُ ؛ لأَنَّ الإِقرارَينِ إِخبارانِ عنْ عقدٍ واحدٍ .

وإنْ شهدَ أَحدُهما : أَنَّهُ قالَ : وكَّلتُكَ ، وشهدَ الآخَرُ : أَنَّهُ قالَ : أَذِنتُ لكَ في التصرُّفِ ، أَو شهدَ أَحدُهما : أَنَّهُ قالَ لهُ : جعلتُكَ وكيلاً ، وشهدَ الآخَرُ : أَنَّهُ قالَ : جعلتُكَ جَريّاً[1] ، أَو شهدَ أَحدُهما : أَنَّهُ جعلَهُ وَكيلَهُ ، وشهدَ الآخَرُ : أَنَّهُ جعلَهُ وَصيَّهُ ، أَو شهدَ أَحدُهما : أَنَّهُ قالَ : وكَّلتُكَ ، وشهدَ الآخرُ : أَنَّهُ قالَ : أَوصيتُ إِليكَ في حالِ الحياةِ . . لَمْ تثبُتِ الوَكالةُ في هٰذهِ المسائلِ كلِّها ؛ لأَنَّهُما شهادتانِ علىٰ فعلينِ .

وإنْ شهدَ أَحدُهما : أَنَّهُ وكَّلهُ ، وشهدَ الآخَرُ : أَنَّهُ أَذِنَ لهُ في التصرُّفِ ، أَو شَهِدَ أَحدُهما : أَنَّهُ جعلَهُ وكيلاً ، وشهدَ الآخَرُ : أَنَّهُ جعلَهُ متصرِّفاً[2] . . ثبتتِ الوَكالةُ ؛ لأَنَّهما لم يحكيا لفظَ الموكِّلِ ، وإِنَّما عبَّرا عنِ التوكيلِ بلفظِهما ، وٱختلافُ لفظِهما لا يؤثِّرُ إِذا ٱتَّفقَ معناهُ ، وهٰكذا لو شهدَ أَحدُهما : أَنَّهُ أَقرَّ عندَهُ أَنَّهُ وكَّلَهُ ، وشهدَ الآخرُ : أَنَّهُ أَقرَّ عندَهُ أَنَّهُ وكَّلهُ ، أو شهدَ أَحدُهما : أَنَّهُ أَقرَّ عندَهُ أَنَّهُ وكَّلَهُ ، وشهدَ الآخرُ : أَنَّهُ أَقرَّ عنده أَنَّهُ أَوصىٰ إِليهِ في حال الحياةِ . . ثبتتِ الوَكالةُ ؛ لأَنَّهما إِخبارانِ عنْ عقدٍ .

فرعٌ : [ٱدَّعىٰ الوكالةَ وشُهِدَ لهُ بها] :

وإنِ ٱدَّعىٰ الوكالةَ وشهِدَ لهُ بها شاهدانِ ، أَحدُهما ٱبنُ الآخَرِ . . قُبِلتْ شهادتُهما ؛ لأَنَّ القرابةَ تَمنعُ إِذا كانتْ بينَ الشاهدِ والمشهودِ لهُ ، فأَمَّا إِذا كانتْ بينَ الشاهدينِ . . فلا تؤثِّرُ .

وإنْ شهدَ بالوكالةِ ٱبنا الوكيلِ ، أَو أَبواهُ ، أَو أَبوهُ وٱبنُهُ . . لَمْ يُحكَمْ بشهادتِهما ؛ لأَنَّهما يُثبتانِ لهُ التصرُّفَ ، فلَمْ يُقبَلا ، كما لو شَهِدا لهُ بمالٍ ، وإِنْ شهدَ لهُ بالوكالةِ أَبو الموكِّلِ ، أَو ٱبناهُ . . فذكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ : أَنَّهما لا يُقبلانِ ؛ لأَنَّهما يُثبتانِ بذٰلكَ التصرُّفَ عَنِ الموكِّلِ ، فهيَ شهادةٌ لهُ .

---

(١) جَريّاً ـ الجِرَاية : الوكالة ـ : وكيلاً أو متصرفاً كما سيأتي .
(٢) في (م) : (جرياً) .

قالَ ٱبنُ الصبّاغ : وفيهِ نظرٌ ؛ لأنَّ هٰذهِ الوكالةَ ثبتتْ بقولِ الموكِّلِ ، ويستحِقُّ الوكيلُ بذٰلكَ المطالبةَ بالحقِّ ، وما يَثبتُ بقولِهِ . . يَثبتُ بشهادةِ قَرابَتِهِ عليهِ ، كالإِقرارِ ، فأمَّا إذا ٱدَّعىٰ الوكالةَ ، فأنكرَ الموكِّلُ ، فشهِدَ عليهِ ٱبناهُ ، أو أَبواهُ . . ثَبَتتِ الوكالةُ ، وأَمضىٰ تصرُّفَهُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ شهادةٌ عليهِ ، وهٰكذا : إذا أنكرَ مَنْ عليهِ الحقُّ وكالةَ الوكيلِ ، فشهِدَ بها ٱبنا مَنْ عليهِ الحقُّ ، أَو أَبواهُ . . قُبلَتْ شهادَتُهما ؛ لأَنَّهما يَشهدانِ عليهِ .

فرعٌ : [شهادةُ الابنينِ بعزلِ وكيلِ الأَبِ] :

وإذا ثَبتتْ وكالةُ رجلٍ بالبيِّنةِ بقبْضِ حَقٍّ علىٰ غيرِهِ ، ثُمَّ جاءَ ٱبنا الموكِّلِ ، فشهدا : أَنَّ أَباهُما قدْ عَزَلَ الوكيلَ ، فإنْ صدَّقَهما الوكيلُ . . ٱنعزلَ ، ولَمْ يَنفُذْ[1] تَصرُّفُهُ ؛ لأَنَّهُ ٱعترفَ بعزلِ نفسهِ ، وإنْ كذَّبهما . . قيلَ لِمَنْ عليهِ الحقُّ : أَتدَّعِي العزْلَ ؟ فإنْ قالَ : نَعم . . قُبِلتْ شهادَتُهما ؛ لأَنَّهما يَشهدانِ علىٰ أَبيهِما ، وإنْ لَمْ يدَّعِ العزْلَ . . لَمْ تبطُلِ الوكالةُ ، وكانَ لهُ قبضُ الحقِّ ، فإنْ حضرَ الموكِّلُ ، وٱدَّعىٰ العزْلَ ، وشهِدَ لهُ ٱبناهُ . . لَمْ يُحكَمْ بشهادتِهما ؛ لأَنَّهما يشهدانِ لأَبيهِما .

فرعٌ : [رفعُ دعوىٰ علىٰ وكيلٍ حاضرٍ والأَصيلُ غائبٌ] :

وإنِ ٱدَّعىٰ علىٰ رجلٍ غَائبٍ مالاً في يدِ وكيلٍ لهُ حاضرٍ ، وأَقامَ عليهِ البيِّنةَ ، وحلَّفَهُ الحاكمُ ، ثُمَّ حَضرَ الغائبُ ، وأَنكرَ الوكالةَ ، وٱدَّعىٰ العزْلَ قَبلَ الدَّعوىٰ ، وأَقامَ علىٰ ذٰلكَ بيِّنةً . . لَمْ يُؤَثِّر ذٰلكَ في الحُكمِ ؛ لأَنَّ الحُكمَ علىٰ الغائبِ لا يفتقرُ عندَنا إِلىٰ حضورِ الوكيلِ .

وإنْ حضرَ رجلٌ عندَ الحاكمِ ، فوَكَّلَ عندَهُ رجُلاً في خُصوماتِهِ ، فإنْ كانَ الموكِّلُ حاضراً . . لَمْ يَفتقِرْ إِلىٰ معرفةِ ٱسمهِ ونسَبهِ ، وإنْ غابَ الموكِّلُ ، فإنْ كانَ الحاكمُ يَعرِفُ الموكِّلَ بٱسمهِ ونسَبهِ . . صحَّ للوكيلِ أَنْ يُخاصِمَ ، وإنْ كانَ لا يَعرِفُ ٱسمَهُ ونَسبَهُ . . لَمْ

---

(١) في (نسخة) : (يثبت) .

تَصِحَّ خُصومةُ الوكيلِ ، إلاَّ أَنْ يُقِرَّ الخَصمُ أَنَّ الذي وَكَّلَهُ هوَ فلانُ بنُ فلانٍ ؛ لأَنَّ الحقَّ عليهِ .

فرعٌ : [شهادةُ رجلينِ أَنَّ فلاناً وكيلٌ لغائبٍ] :

إذا شهدَ رَجُلانِ : بأَنَّ فُلاناً الغائبَ وكَّلَ عَمراً في كذا ، فإِنْ قالَ عَمرٌو : صَدَقا . . ثَبَتَتْ وكالتُهُ ، وإِنْ قالَ عَمرٌو : أَنا لا أَعلمُ أَنَّهُ وكَّلَني ، ولٰكنْ أَنا أُطالبُ بالحقِّ . . صَحَّتْ وكالتُهُ ؛ لأَنَّ وكالتَهُ ثبتتْ بالبيِّنةِ ، وقولُهُ : (لا أَعلمُ) أَي : أَنِّي ما سَمِعتُ ، وقولُهُ : (أَنا أُطالبُ) قَبولٌ للوكالةِ ، وإِنْ قالَ : لا أَدري أَنَّهُ وكَّلَني ، أو لا أَعلمُ وسكتَ . . قالَ أَبو العبّاسِ : قيلَ لهُ : قدْ شَهِدَ لكَ بالوكالةِ اثنانِ ، أَتُصدِّقُهما ، أَمْ تُكذِّبُهما ؟ فإِنْ صدَّقَهما . . ثبتتْ وكالتُهُ ، وإِنْ كذَّبهُما . . لَمْ تثبُتْ وكالتُهُ .

وإِنْ شهدَ رجلٌ : أَنَّ زيداً وكَّلَ عَمراً ببيعِ هٰذا العبدِ ، وشهدَ آخَرُ : أَنَّهُ وكَّلَهُ وخالداً ببيعهِ . . لَمْ تَثبُتْ وكالةُ واحدٍ منهُما ؛ لأَنَّ أَحدَهما شهدَ لعمرٍو بالتصرُّفِ منفرداً ، وشهدَ لهُ الآخَرُ بالتصرُّفِ معَ غيرِهِ ، فَلا يَتصرَّفُ بنفسهِ ؛ لِما ذَكرناهُ ، ولا يَتصرَّفُ معَ خالدٍ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَشهدْ لهما غيرُ واحدٍ . وإِنْ شهدَ لهُ شاهدٌ : أَنَّهُ وَكَّلَهُ في بيعِ هٰذا العبدِ ، وشهدَ الآخَرُ : أَنَّهُ وكَّلهُ في بيعِ هٰذا العبدِ وهٰذهِ الجاريةِ . . ثبتَتْ وكالتُهُ في العبدِ ؛ لأَنَّهما اتَّفقا عليها ، ولا تَثبتُ في الجاريةِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَشهدْ بها غيرُ واحدٍ .

وإِنْ شهدَ أَحدُهما : أَنَّهُ وَكَّلَهُ في بيعِ عبدهِ ، وأَطلقَ ، وشهدَ الآخَرُ : أَنَّهُ وَكَّلَهُ في بيعهِ ، وقالَ : لا تَبِعْهُ حتَّىٰ تَستأمِرَني . . لَمْ تَثبُتْ وكالَتُهُ في بيعهِ ؛ لأَنَّها شهادةٌ مُختلِفَةٌ .

فرعٌ : [ادّعاءُ رجلٍ علىٰ مَدينٍ موتَ صاحبِ الحقِّ وأَنَّهُ وارثُهُ] :

إذا كانَ علىٰ رجلٍ دينٌ لآخرَ ، أَو عينٌ في يدِهِ ، فجاءَ آخَرُ ، وقالَ : قَدْ ماتَ صاحبُ الحقِّ ، وأَنا وارثُهُ ، لا وارثَ لهُ غيري ، فإِنْ صدَّقَهُ مَنْ عليهِ الحقُّ . . لَزِمَهُ الدَّفعُ إِليهِ ؛ لأَنَّهُ اعترفَ لهُ بمِلكِ الحقِّ ، وإِنْ كذَّبهُ ، وأَقامَ المدَّعي بيِّنةً . . حُكِمَ لهُ بذٰلكَ ، وإِنْ لَمْ يُقِمْ بيِّنةً . . فالقولُ قولُ مَنْ عليهِ الحقُّ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ

بقاءُ[1] مَنْ لهُ الحقُّ ، فيحلِفُ : أَنَّهُ لا يَعلَمُ أَنَّ صاحبَ الحقِّ قدْ ماتَ ، أَو لا يَعلَمُ أَنَّهُ لا وارثَ لهُ سواهُ ؛ لأَنَّهُ يمينٌ علىٰ نَفي فعلِ غيرِهِ .

وإنْ جاءَ إلىٰ مَنْ عليهِ الحقُّ والدَّينُ لغيرِهِ ، وقالَ : قدْ أَحالني صاحبُ الحقِّ عليكَ ، فإنْ صدَّقَهُ مَنْ عليهِ الدَّينُ . . فهلْ يَلزَمُهُ الدفعُ إليهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَلزمُهُ ؛ لأَنَّهُ قدِ ٱعترفَ لهُ بِملكِ الدَّينِ ، فصارَ كمَا لوِ ٱعترفَ أَنَّ صاحبَ الحقِّ ماتَ ، وأَنَّ هٰذا وارثُهُ .

والثاني : لا يلزَمُهُ ؛ لأَنَّهُ وإنْ صدَّقَهُ . . فإنَّ هٰذا الدفعَ لا يبرأُ بهِ ؛ لأَنَّهُ ربَّما أَنكرَ مَنْ لهُ الحقُّ الحَوالةَ وحَلفَ ، فصارَ كمَا لو صدَّقَهُ أَنَّهُ وكيلُهُ في القَبضِ .

وإنْ كذَّبَهُ مَنْ عليهِ الحقُّ ، فإنْ أَقامَ المُحتالُ بيِّنةً . . حُكِمَ لهُ بالحَقِّ ، ولزِمَ المُحالَ عليهِ الدفْعُ إذا قلنا : إنَّ رِضا المُحالِ عليهِ ليسَ بشرطٍ ، وإنْ لَمْ تكنْ بيِّنةٌ . . فهلْ تلزَمُهُ اليمينُ ؟

إنْ قُلنا : لو صدَّقَهُ لزِمَهُ الدفعُ إليهِ . . لزِمَهُ أَنْ يحلِفَ ؛ لجوازِ أَنْ يخافَ اليمينَ ، فيصدِّقَهُ .

وإن قلنا : لا يَلزَمُهُ الدفعُ ، وإنْ صدَّقَهُ . . لم تَلزَمْهُ اليمينُ ؛ لأَنَّهُ لو صدَّقَهُ . . لَمْ يَلزَمْهُ الدفعُ ، فَلا فائِدةَ في اليمينِ .

مسأَلةٌ : [فسخُ الوَكالةِ] :

وإذا وكَّلَ غيرَهُ في تصرُّفٍ . . كانَ لكلِّ واحدٍ منهُما أَنْ يفسَخَ الوَكالةَ ؛ لأَنَّهُ إذنٌ في التصرُّفِ ، فَجازَ لكلِّ واحدٍ منهُما إبطالُهُ ، كالإذنِ في أَكلِ طعامهِ .

إذا ثَبتَ هٰذا : فالعُقودُ علىٰ أَربعةِ أَضرُبٍ :

[أَحدُها] : ضربٌ لازمٌ منَ الطرفَينِ : كالبيعِ ، والصَّرفِ ، والسَّلَمِ ، والإجارةِ ، والخُلعِ ، وفي النكاحِ وجهانِ :

---

(١) في (م) : (بها حياة) .

أَشهرُهُما : أَنَّهُ لازمٌ مِنَ الطرفينِ .

والثاني : أَنَّهُ لازمٌ مِنْ جِهةِ الزوجةِ ، جائزٌ من جِهةِ الزوجِ ؛ لأَنَّهُ يَملِكُ رَفعَهُ .

والأَوَّلُ أَصحُّ ؛ لأَنَّهُ لا يَملِكُ فَسخَهُ ، وإِنَّما يَملِكُ قَطعَهُ وإِزالَةَ مِلكهِ عنهُ ، كما يَملِكُ الرجلُ عِتقَ عبدِهِ .

والضربُ الثاني : جائزٌ منَ الطرفَينِ ، وهو الوَكالةُ ، والشرِكَةُ ، والقِراضُ ، والرهنُ قَبلَ القبضِ ، والجُعالَةُ ، فلكلِّ واحدٍ منهُما أَنْ يَنفرِدَ بالفَسخِ .

والضربُ الثالثُ : لازمٌ مِنْ أَحدِ الطرفَينِ جائزٌ مِنَ الآخرِ ، وهوَ الكتابةُ ، والرهنُ بعدَ القبضِ .

والضربُ الرابعُ : اْختلفَ قولُ الشافعيِّ فيهِ ، وهوَ السَّبْقُ ، والرميُ ، علىٰ ما يأَتي بيانُهُ في موضعِهِ إِن شاءَ اللهُ تعالىٰ .

إِذا ثبتَ هٰذا : فالفسخُ أَنْ يقولَ أَحدُهما : فَسختُ الوَكالةَ ، أَوْ أَبطَلتُها ، أَو نَقضتُها ، أَو يقولَ الموكِّلُ : عَزَلتُكَ ، أَو صَرَفتُكَ عنها ، أَو أَزلتُكَ عنها ، أَو يقولَ الوكيلُ : عَزَلتُ نفسي ، أَو صرَفتُها عنِّي ، أَو أَزلتُها .

وإِذا عَزَلَ الوكيلُ نَفسَهُ عَنِ الوكالةِ . . اْنعزلَ ، سواءٌ كانَ بحضورِ الموكِّلِ وعِلمِهِ ، أَو بغيرِ حضورِهِ وعِلمِهِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (لا يجوزُ للوكيلِ أَنْ يعزِلَ نفسَهُ إِلاَّ بحضورِ الموكِّلِ وعِلمِهِ ، فأَما بغيرِ حضورِهِ وعِلمِهِ . . فلا يجوزُ) .

دليلُنا : أَنَّهُ قَطْعُ عقدٍ لا يَفتقِرُ إِلىٰ رِضا الغيرِ ، فَلَمْ يَفتقِرْ إِلىٰ حضورِ ذٰلكَ الغيرِ ، كالطَّلاقِ ، ولأَنَّ الوكالةَ عقدٌ جائزٌ ، فجازَ لأَحَدِهما فَسخُها بغيرِ حضورِ الآخرِ ، كالشركةِ ، والقِراضِ .

وأَمَّا الموكِّلُ إِذا عَزَلَ الوكيلَ عَنِ الوكالةِ ، فإِنْ عَزَلَهُ بحضرَتهِ أَو بغَيْبتهِ إِلاَّ أَنَّهُ عَلِمَ بالعزْلِ قَبلَ التصرُّفِ . اْنعزَلَ ، ولَمْ يَصِحَّ تصرُّفُهُ ، وإِنْ عَزَلَهُ ولَمْ يعلَمْ بعزْلِهِ ، فتصرَّفَ . . فهلْ ينعزِلُ ؟ فيهِ قولانِ ، ومِنْ أَصحابِنا مَنْ يقولُ : هُما وجهانِ :

أحدُهما : لا يَنعزِلُ ، ويَصِحُّ تصرُّفُهُ ، وبهِ قالَ أبو حنيفةَ ؛ لأنَّ تصرُّفَ الوكيلِ عَنْ إذنٍ ، فَلَمْ ينقَطِعْ لمجرَّدِ المنعِ مِنْ غيرِ علمٍ بالمنعِ ، كما إذا أَمَرَ اللهُ تعالىٰ بفعلِ شيءٍ ، ثُمَّ نهىٰ عنهُ .

والثاني : ينعزِلُ ، فلا يَصِحُّ تصرُّفُهُ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأنَّهُ قَطعُ عَقدٍ لا يفتَقِرُ إلىٰ رضا الغائبِ[١] ، فَلَمْ يَفتَقِرْ إلىٰ عِلمِهِ ، كالطَّلاقِ ، ولأنَّ العزْلَ معنىً يفْسَخُ الوكالةَ إذا عَلِمَهُ الوكيلُ ، فوَجبَ أَنْ يَفسَخَهُ وإِنْ لَمْ يعلَمْهُ الوكيلُ ، كجنونِ الموكِّلِ .

فرعٌ : [انفساخُ الوكالةِ بموتِ أَحدِ طرفيها] :

وإنْ وكَّلَهُ في تصرُّفٍ ، ثُمَّ ماتا أَو أَحدُهُما قَبلَ التصرُّفِ ، أَو جُنّا أَو أَحدُهُما ، أَو أُغميَ عليهما أَو علىٰ أَحدِهما . . بطَلتِ الوكالةُ ؛ لأنَّهُ قدْ خَرَجَ عَنْ أَنْ يكونَ مِنْ أَهلِ التصرُّفِ ، فَبطلتِ الوكالةُ بذٰلكَ .

وإنْ حُجِرَ عليهِما ، أَو علىٰ أَحدِهما للسَّفَهِ . . بَطلتِ الوكالةُ فيما لا يَصِحُّ تصرُّفُهُ فيهِ معَ السَّفَهِ ، كالبيعِ ، والهبةِ ، وغيرِهما ، ولا تبطُلُ الوكالةُ فيما يملِكُهُ معَ السَّفَهِ ، كالطَّلاقِ ، والخُلعِ ، وطلَبِ القِصاصِ .

وإنْ كانَ الحَجْرُ للفَلَسِ . . بَطلَ توكيلُهُ في بيعِ أَعيانِ مالهِ ؛ لبُطلانِ تصرُّفهِ فيهِ ، وفي هبتِها ، ولَمْ يَبطُلْ في التصرُّفِ في ذمَّتهِ ، ولا في الطَّلاقِ ، والخُلعِ ، وطَلبِ القِصاصِ .

وإنْ فَسَقا أَو أَحدُهما ، فإنْ كانَ تصرُّفاً يُشترَطُ فيهِ العدالةُ . . بطلَ ، وإنْ كانَ لا يُشترطُ فيهِ العدالةُ . . لَمْ يَبطُلْ .

فرعٌ : [تعذُّرُ التصرُّفِ يُبطِلُ الوكالةَ] :

وإنْ وكَّلَهُ في بيعِ عبدٍ ، ثُمَّ باعَهُ الموكِّلُ ، أَو أَعتقَهُ ، أَو وَكَّلَهُ في نقلِ زوجَتهِ فطلَّقَها . . بَطلَتِ الوكالةُ لتعذُّرِ التصرُّفِ .

---

(١) في (م) : (الغير) .

فرعٌ : [الردَّةُ لا تؤثِّرُ في الوكالةِ] :

وإنْ وكَّلَ مُسلمٌ مُسلِماً ، ثُمَّ ٱرتدَّ الوكيلُ . . لَمْ تَبطُلْ وَكالتُهُ ، وكذٰلكَ إذا وكَّلَ المُسلِمُ مُرتدّاً . . صَحَّتْ وكالتُهُ ، قولاً واحداً ؛ لأنَّ رِدَّتَهُ لا تُؤثِّرُ في تَصرُّفِهِ ، وإنَّما تُؤثِّرُ في مالهِ .

فأمَّا إذا ٱرتدَّ الموكِّلُ : فهلْ يَبطلُ توكيلُهُ ؟ فيهِ ثلاثةُ أَقوالٍ ، بناءً علىٰ زوالِ مِلكِهِ بالرِّدَّةِ :

أَحدُها : يزولُ مِلكُهُ ، فَتبطُلُ وكالتُهُ .

والثاني : لا يزولُ مِلكُهُ ، فلا تبطلُ وكالتُهُ .

والثالثُ : أَنَّ مِلكَهُ موقوفٌ ، فإنْ رَجعَ إلىٰ الإسلامِ . . لَمْ يَزُلْ مِلكُهُ ، فلا تبطُلُ وكالتُهُ ، وإنْ ماتَ علىٰ الرِّدَّةِ ، أَو قُتِلَ عليها . . زالَ مِلكُهُ بالرِّدَّةِ ، فبطَلَتْ وكالتُهُ ، وهٰكذا إذا وكَّلَ المرتدُّ مُسلِماً . . فهلْ تَصِحُّ وكالتُهُ ؟ علىٰ هٰذهِ الأَقوالِ الثلاثةِ .

فرعٌ : [الطلاقُ لا يُبطِلُ وكالةَ الزوجينِ لأَحدِهما] :

وإذا وكَّلَ أَحدُ الزوجينِ الآخَرَ في البيعِ والشراءِ ومَا أَشبهَهُما . . صحَّ ؛ لأنَّها نِيابةٌ ، فَصحَّتْ بينَ الزوجينِ ، كالأَجنبيَّينِ ، فإنْ طلَّقَ الزوجُ زوجَتَهُ . . لَمْ تَبطُلِ الوكالةُ ؛ لأَنَّ زوالَ النكاحِ لا يمنعُ ٱبتداءَ الوكالةِ ، فلَمْ يمْنعِ ٱستدامَتَها .

فإنْ وكَّلَ السيِّدُ عبدَهُ بتصرُّفٍ ، ثُمَّ أَعتقَهُ ، أَو باعَهُ . . ففيهِ وجهانِ لأَبي العبّاسِ :

أَحدُهما : لا يَنعزِلُ ، كما لو وكَّلَ زوجَتَهُ ، ثُمَّ طلَّقَها .

والثاني : يَنعزِلُ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ ليسَ بتوكيلٍ في الحقيقةِ ، وإنَّما هوَ ٱستخدامٌ بحقِّ المِلكِ ، فإذا زالَ المِلكُ . . بَطلَ الاستخدامُ ، وإنْ أَمرَ السيِّدُ عبدَهُ أَنْ يتوكَّلَ لغيرِهِ ، فتوكَّلَ لهُ ، ثُمَّ أَعتقَهُ السيِّدُ ، أَو باعَهُ . . فهلْ تَبطُلُ وكالتَهُ ؟

مِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : فيهِ وجهانِ ، كالأُولىٰ .

ومنهمْ مَنْ قالَ : لا تَبطُلُ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّهُ وإِنْ كانَ مِنْ جهةِ السيِّدِ أَمرٌ ، فهيَ وكالةٌ في الحقيقةِ مِنْ جهةِ الموكِّلِ .

وإِنْ قالَ السيِّدُ لعبدِهِ : إِنْ شئتَ فتوكَّلْ لهُ ، وإِنْ شئتَ فلا تَتوكَّلْ لهُ ، فتوكَّلَ لهُ ، ثُمَّ أَعتقَهُ السيِّدُ ، أَو باعَهُ . . لَمْ تَبطلِ الوكالةُ ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّ السيِّدَ لَمْ يأمُرْهُ ، وإِنَّما خيَّرهُ ، فصارَ ذٰلكَ وكالةً في الحقيقةِ .

مسأَلةٌ : [ضمانُ الوكلاءِ ونحوِهم] :

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (ولا ضمانَ علىٰ الوكلاءِ ، ولا علىٰ الأَوصياءِ ، ولا على المودَعينَ ، ولا المُقَارِضِينَ ، إِلاَّ أَنْ يتعدَّوْا ، فَيضْمَنوا) .

وجُملةُ ذٰلكَ : أَنَّ الأَيديَ ثلاثٌ : يدُ أَمانةٍ ، ويدٌ ضامنةٌ ، ويدٌ ٱختَلَفَ قولُ الشافعيِّ فيها .

فأَمَّا (يدُ الأَمانةِ): فهيَ يدُ الحاكمِ ، وأَمينِ الحاكمِ ، والوصيِّ ، والمرتَهِنِ ، والوكيلِ ، والمودَعِ ، والمقارِضِ ، والشريكِ ، والمُساقِي ، والمُستأْجِرِ ؛ لأَنَّهمْ يُمسِكونَ العينَ لِمنفَعَةِ مالِكِها ، وبالناسِ إِلىٰ ذٰلكَ حاجةٌ ، فلَوْ قُلنا : إِنَّ عليهِمُ الضمانَ . . لامتنعَ الناسُ[1] مِنْ قَبولِ ذٰلكَ .

وأَمَّا (اليدُ الضامِنَةُ): فيدُ المُستعيرِ ، والغاصبِ ، والمُساوِمِ[2] ، ومَنْ أَخذَ الشيءَ بِبيعٍ فاسدٍ .

وأَمَّا (اليدُ التي ٱختلفَ قولُ الشافعيِّ فيها): فيدُ الأَجيرِ المشترَكِ ، ويأْتي بيانُ ذٰلكَ في (الإِجارَةِ) .

إِذا ثَبتَ هٰذا : فإِنْ دفعَ إِليهِ سِلعَةً ، ووكَّلَهُ في بيعِها ، وقَبَضَ ثَمنَها ، فَتلِفَتِ العينُ في يدِهِ ، أَو قَبَضَ ثَمنَها ، فَتلِفَ في يدِهِ مِنْ غيرِ تَفريطٍ . . لَمْ يجبْ عليهِ الضمانُ ؛ لأَنَّ يدَ الوكيلِ كيدِ الموكِّلِ ، فكانَ الهالِكُ في يدِهِ كالهالِكِ في يدِ موكِّلِهِ .

---

(١) في (م) : (الباقون) .

(٢) المساوم : المتفاوض في ثمن السلعة .

فرعٌ : [تأخّر الوكيلُ بردِّ ما وُكِّلَ بهِ] :

إذا طالبَ الموكِّلُ الوكيلَ بردِّ ما بيدِهِ لهُ . . وَجَبَ عليهِ ردُّهُ عليهِ علىٰ حَسَبِ إمكانِهِ ، فإنْ أَخَّرَ الردَّ . . نَظَرتَ :

فإنْ كانَ لعُذرٍ . . لَمْ يَصِرْ بذٰلكَ ضامِناً . قالَ أَبو إسحاقَ : والعُذرُ : مِثلُ أَنْ يكونَ قدْ خَرجَ ليُصلِّيَ صلاةَ الجماعةِ ، فأَخَّرَ ليَفْرُغَ مِنَ الصلاةِ ، أَو كانَ يبيعُ ويَشتري في السوقِ ، فقالَ : حتَّىٰ أَرجِعَ إلىٰ البيتِ ، أَو كانَ مَريضاً ، فقالَ : لا أُحِبُّ أَنْ يَتولّىٰ إخراجَها غيري ؛ لأنّي قدْ أَحرزْتُها ، أَو كانَ محبُوساً ، فقالَ : حتّىٰ أُخَلّىٰ ، أَو كانَ في الحمّامِ ، أَو يأكُلُ الخُبْزَ ، فقالَ : حتّىٰ أَفرُغَ ، أَو كانَ في وقتِ نومِهِ ، أَو كانَ يحفَظُ مالاً لهُ يَخْشىٰ ضياعَهُ ، أَو مُلازماً لغريمٍ لَهُ ؛ لأنَّهُ غيرُ مُفرِّطٍ بذٰلكَ . قالَ : وكذٰلكَ إذا طالبَهُ بهِ ، فقالَ : هو في الصُّندُوقِ ، وقدْ ضاعَ المِفتاحُ . . فإنَّهُ لا يُجبَرُ علىٰ كسرِ القُفْلِ ، بَلْ يُؤَخَّرُ حتّىٰ يَجِدَ المِفتاحَ ، أَو يُصلِحَ غيرَهُ ؛ لأنَّهُ غيرُ مفرِّطٍ .

وإنْ أَخَّرَ الردَّ لغيرِ عُذرٍ ، أَو أَخَّرَهُ لعُذرٍ ولٰكنْ زالَ العُذرُ ولَمْ يَشتَغِلْ بالردِّ . . ضَمِنَ ؛ لأنَّهُ مُفرِّطٌ بذٰلكَ ، وإذا طالبَهُ بالردِّ ، فَمنَعَهُ مِنْ غيرِ عُذرٍ . . ضَمِنَها ، سواءٌ تَلِفَ قبلَ أَنْ يَمضيَ زمانُ إمكانِ الردِّ ، أَو لَمْ يَمضِ ؛ لأنَّهُ صارَ ضامناً بالمنعِ مِنْ غيرِ عُذرٍ ، فإنِ ٱدَّعىٰ الوكيلُ أَنَّهُ قدْ كانَ تَلِفَ قبلَ المُطالبةِ بردِّهِ ، أَو قالَ : كنتُ رددتُهُ . . لَمْ يُقبَلْ قولُهُ ؛ لأنَّهُ صارَ مُكذِّباً لنفسهِ ضامناً في الظاهرِ ، فإنْ أَقامَ علىٰ ذٰلكَ بيِّنةً . . فهلْ تُسمَعُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تُسمعُ ، كَما لو صدَّقَهُ الموكِّلُ علىٰ ذٰلكَ .

والثاني : لا تُسمعُ ، وهوَ ٱختيارُ القاضي أَبي الطيِّبِ ؛ لأنَّ قولَهُ يُكذِّبُ بيِّنتَهُ ، ويُخالِفُ إذا صدَّقَهُ الموكِّلُ ؛ لأنَّهُ يُقِرُّ ببراءَتِهِ ، فَلَمْ يَستحِقَّ مطالبَتَهُ .

وأَمَّا إذا طالبَهُ الموكِّلُ بردِّهِ ، فٱمتنعَ الوكيلُ مِنْ ردِّهِ ، وعندَهُ أَنَّ الشيءَ باقٍ ، ثُمَّ بانَ أَنَّهُ كانَ تالفاً . . فهلْ يلزَمُهُ الضمانُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَلزَمُهُ الضمانُ ؛ لأَنَّهُ لمّا مَنعَهُ . . تَبيَّنا أَنَّهُ كانَ مُمْسِكاً لهُ علىٰ نفسهِ .

والثاني : لا ضمانَ عليهِ ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ التعدِّيَ وُجِدَ بَعدَ التلفِ .

فرعٌ : [أستخدامُ الوكيلِ ما وُكِّلَ بهِ] :

وإِذا دفعَ إِليهِ ثوباً ليبيعَهُ ، فَلَبِسهُ الوكيلُ ، أَو دَفَعَ إِليهِ دابَّةً ليبيعَها ، فَركِبَها . . صارَ ضامِناً بذٰلكَ ، وهلْ تَبطُلُ وكالتُهُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : تَبطُلُ وكالتُهُ ، فلا يَصِحُّ بيعُهُ ؛ لأَنَّهُ عقْدُ أَمانةٍ ، فَبَطلَ بالخيانةِ ، كالوديعةِ .

والثاني : لا تَبطُلُ وكالتُهُ ، فيَصِحُّ بيعُهُ ؛ لأَنَّ الوكالةَ تضمَّنَتِ الأَمانَةَ والتصرُّفَ ، فإِذا بطَلتِ الأَمانةُ بالخِيانةِ . . بَقيَ التصرُّفُ ، كالرهنِ يقتضي الوثيقةَ والأَمانَةَ ، فإِذا تعدَّىٰ في الرهنِ . . بَطلَتِ الأمانةُ ، وبَقيتِ الوثيقةُ ، وتُخالِفُ الوديعَةَ ، فإِنَّها مُجرَّدُ أَمانةٍ لا غيرَ .

فإِذا قلنا بهٰذا ، وباعَ الوكيلُ . . فمتىٰ يَبرأُ مِنَ الضمانِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما ٱبنُ الصبّاغِ :

أَحدُهما ـ وهوَ قولُ عامَّةِ أَصحابِنا ـ : أَنَّهُ لا يَبرأُ إِلاَّ بتَسليمِ المَبيعِ إِلىٰ المُشتري . . لأَنَّهُ لو تَلِفَ في يَدهِ قَبلَ التسليمِ إِلىٰ المشتري ، لانْفَسخَ البيعُ وعادَ إِلىٰ ملكِ الموكِّلِ ، فكانَ مضموناً عليهِ .

والثاني ـ وهوَ قولُ القاضي أَبي الطيِّبِ ـ : أَنَّ بنفسِ البيعِ يزولُ عنهُ الضمانُ ؛ لأَنَّهُ صارَ مِلكاً للمشتري ، فإِذا قَبَض الثَّمنَ . . صارَ أَمانةً في يدِه ؛ لأَنَّهُ قَبَضَهُ بإِذنِ الموكِّلِ ، ولَمْ يوجَدْ منهُ التعدِّي فيهِ .

فإِنْ وجدَ المشتري بالمبيعِ عيباً ، فردَّهُ علىٰ الوكيلِ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فعندي أَنَّهُ يعودُ مضموناً عليهِ ؛ لأَنَّ المشتريَ ما قَبَضَهُ للموكِّلِ ، وإِنَّما قَبَضَهُ لنفسهِ ، فزالَ الضمانُ بذٰلكَ ، فإِذا فُسِخَ العقدُ . . ٱنفسخَ القبضُ ، وعادَ الضمانُ كمَا كانَ .

فرعٌ : [ضمانُ الوكيلِ بالتعدِّي] :

فإنْ دَفعَ إليهِ دَراهمَ ، ووكَّلَهُ ليشتريَ لهُ بعينِها سِلعَةً ، فتعدَّىٰ الوكيلُ فيها . . صارَ ضامِناً لها ، فإنِ ٱشتراها بها بعدَ ذٰلكَ للموكِّلِ . . فهلْ يَصِحُّ ؟ علىٰ الوجهينِ في المسألَةِ قبلَها ، فإذا قُلنا : يَصِحُّ . . فمتىٰ يزولُ عنهُ ضمانُها ؟ علىٰ الوجهينِ .

وإنْ أمَرهُ أنْ يشتريَ بثمَنٍ في الذمَّةِ وينقدَ الثَّمَنَ منها ، فتعدَّىٰ الوكيلُ فيها بأَنْ تَرَكَ حِفظَها ، ثُمَّ ٱشترىٰ بعدَ ذٰلكَ في الذمَّةِ للموكِّلِ . . صحَّ الشراءُ لهُ ، وجهاً واحداً ؛ لأنَّهُ لَمْ يَتعدَّ فيما تنَاوَلَهُ العقدُ ، فإذا نقدَ الدراهِمَ . . بَرِىءَ مِنْ ضمانِها .

وإنِ ٱستقْرضَ الوكيلُ الدراهمَ ، وأتْلفَها . . بَطلَتْ وكالتُهُ ، وجهاً واحداً ؛ لأنَّهُ إنْ كانَ قدْ أَمرَهُ أنْ يَشتريَ بعينِها . . فقدْ تعذَّرَ ذٰلكَ بتلَفِها ، فجرىٰ مَجرىٰ مَنْ وُكِّلَ في بيعِ عبدٍ فماتَ ، وإنْ كانَ أَمرَهُ أنْ يشتريَ في الذمَّةِ وينقُدَ الثَّمَنَ منها . . فإنَّهُ إنَّما أَمَرَهُ بالتصرُّفِ في تلكَ الدراهمِ ، فإذا تَلِفَتْ . . لَمْ يملِكِ الشراءَ[1] .

فرعٌ : [تَلِفَ الثَّمَنُ في يدِ الوكيلِ مِنْ غيرِ تفريطٍ] :

وإنْ وكَّلَهُ في بيعِ سِلعةٍ وقَبْضِ ثَمنِها ، فَباعَها ، وقَبَضَ ثَمنَها ، وتَلِفَ في يدِهِ مِنْ غيرِ تفريطٍ ، وٱستُحِقَّ المَبيعُ . . رَجَعَ المشتري بالعُهدَةِ علىٰ الموكِّلِ دونَ الوكيلِ .

وقالَ أبو حنيفةَ : (يَرجِعُ بالعُهدَةِ علىٰ الوكيلِ) .

دليلُنا : أنَّ البيعَ للموكِّلِ ، فكانتِ العُهدَةُ عليهِ ، كما لو باعَ بنفسهِ ، ولأنَّ الوكيلَ نائبٌ في العقدِ ، فلا يُرجَعُ بالعُهدَةِ عليهِ ، كالوليِّ ، والحاكمِ ، وأَمينِ الحاكمِ .

مسأَلَةٌ : [القول قول الموكِّل] :

إذا ٱدَّعىٰ رجلٌ علىٰ آخَرَ أنَّهُ وكَّلهُ في تصرُّفٍ ، وأنكرَ الموكِّلُ . . فالقولُ قولُهُ معَ يمينهِ ؛ لأنَّ الأَصلَ عدمُ الوكالةِ .

---

(١) في (م) : (المشترىٰ) .

وإنْ قالَ : وكَّلتني أَنْ أَبيعَ لكَ الجارية ، فقالَ : بَلْ وكَّلتُكَ أَنْ تبيعَ ليَ العبدَ . . فالقولُ قولُ الموكِّلِ معَ يمينه ؛ لأَنَّهُ لمّا كانَ القولُ قولَهُ في أَصلِ الوكالةِ . . كانَ القولُ قولَهُ في صفتِها .

وإنْ وكَّلَ رجلاً في بيعِ عَينٍ ، فباعَها الوكيلُ بثَمنٍ إلىٰ أَجلٍ ، فقالَ الموكِّلُ : إنَّما أَذنتُ لكَ في بيعِها بثمنٍ حالٍّ ، أَو ببيعٍ مطلَقٍ ، فإنْ صدَّقهُ الوكيلُ والمشتري علىٰ ذٰلكَ . . حُكِمَ ببُطلانِ البيعِ ، فإنْ كانتِ العينُ قائمةً . . أَخذها الموكِّلُ ، فإنْ كانتِ العينُ في يدِ المشتري . . كانَ لهُ أَنْ يُطالِبَ بردِّها مَنْ شاءَ منهما ، وإنْ كانتِ العينُ قد تَلِفَتْ في يدِ المشتري . . رَجعَ الموكِّلُ ببدَلِها علىٰ مَنْ شاءَ منهما ؛ لأَنَّ الوكيلَ دفعَ ما لَمْ يكنْ لهُ دفعُهُ ، والمشتري قَبَضَ ما لَمْ يكنْ لهُ قبضُهُ ، فإنْ رَجعَ علىٰ الوكيلِ . . كانَ للوكيلِ أَنْ يَرجعَ علىٰ المشتري ، وإنْ رَجعَ علىٰ المشتري . . لَمْ يَرجِعِ المشتري علىٰ الوكيلِ ؛ لأَنَّ التلفَ حصلَ في يدِ المشتري ، فٱستقرَّ الضمانُ عليهِ .

وإنْ كذَّباهُ ، وقالا : إنَّما أَذِنتَ ببيعِها إلىٰ أَجلٍ . . فالقولُ قولُ الموكِّلِ معَ يمينهِ ؛ لأَنَّهُ لمّا كانَ القولُ قولَهُ في أَصلِ الوكالةِ . . كانَ القولُ قولَهُ في صفتِها ، فإذا حلفَ ، وكانتِ السِّلعةُ قائمةً . . أَخذها ، وإنْ تَلِفتْ في يدِ المشتري . . رَجعَ بقيمتِها علىٰ مَنْ شاءَ منهما ، فإنْ رَجعَ علىٰ المشتري . . لَمْ يَرجِعِ المشتري علىٰ الوكيلِ ؛ لأَنَّ التلفَ حصلَ بيدِهِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : إلاَّ أَنْ يكونَ الوكيلُ قدْ قَبَضَ منهُ الثَّمنَ ، فيَرجِعُ بهِ عليهِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يسلِّمْ لهُ المبيعُ .

وإنْ رَجعَ علىٰ الوكيلِ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : لَمْ يَرجِعِ الوكيلُ علىٰ المشتري في الحالِ بشيءٍ ؛ لأَنَّهُ يُقِرُّ : أَنَّهُ ظلَمَهُ بالرجوعِ عليهِ ، فإذا حصَلَ[1] الأَجلُ . . كانَ للوكيلِ أَنْ يَرجِعَ عليهِ بأَقلِّ الأَمرينِ مِنَ القيمةِ ، أَوِ الثَّمَنِ المسمَّىٰ ؛ لأَنَّ القيمةَ إنْ كانتْ أَقلَّ . . فإنَّ الوكيلَ يُقِرُّ لهُ بجميعِ الثَّمَنِ ، ولا يدَّعي عليهِ إلاَّ القيمةَ ، وإنْ كانَ الثَّمنُ أَقلَّ . . لَمْ يَرجِعْ علىٰ المشتري بأَكثرَ منهُ ؛ لأَنَّهُ يدَّعي أَنَّ الموكِّلَ ظلَمهُ بأَخذِ الزيادةِ .

---

(١) في (م) : (حلَّ) .

وإنْ صدَّقهُ أَحدُهما ، وكذَّبهُ الآخرُ ، فإنْ أرادَ الرجوعَ علىٰ المصدِّقِ . . رَجعَ عليهِ بغيرِ يمينٍ ، وإنْ أرادَ أَنْ يَرجعَ علىٰ المكَذِّبِ . . لَمْ يَرجع عليهِ حتّىٰ يَحلِفَ ، فيَرجِعُ عليهِ ، كما هوَ الحالُ[1] في تكذيبِهما .

فرعٌ : [لا يقبل قول الوكيل علىٰ الموكِّل] :

وإنِ ٱتَّفقا علىٰ الوكالةِ ، وٱختلفا في التصرُّفِ ، فٱدَّعىٰ الوكيلُ أَنَّهُ قدْ باعَ العينَ التي وُكِّلَ في بيعِها ، وٱدَّعاهُ المشتري ، وقالَ الموكِّلُ : لَمْ تَبعها . أَو قالَ الوكيلُ : قدْ بِعتُ ، وقبَضتُ الثَّمنَ ، وتَلِفَ الثَّمنُ في يدي ، وٱدَّعاهُ المشتري ، وقالَ الموكِّلُ : لَمْ يَقبِضْهُ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يُقبلُ قولُ الوكيلِ علىٰ موكِّلِهِ ، بلِ القولُ قولُ الموكِّلِ ؛ لأَنَّ الوكيلَ يُقِرُّ بحقٍّ علىٰ موكِّلهِ ، فلَمْ يُقبَلْ ، كما لو أَقرَّ بدينٍ عليهِ ، أَو أَبرأَهُ مِنْ حقٍّ .

والثاني : يُقبلُ إقرارُ الوكيلِ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ، وٱختارهُ القاضي أَبو الطيِّبِ ؛ لأَنَّهُ يَملِكُ البيعَ والقَبضَ ، فقُبِلَ إقرارُهُ فيهِ ، كما يُقبَلُ إقرارُ أَبي البكرِ بنكاحِها ، إلاَّ أَنَّ أَبا حنيفةَ ناقضَ في مسأَلةٍ ، وقالَ : (إذا وكَّلهُ أَنْ يَتزوَّجَ لهُ ٱمرأَةً ، فأَقرَّ الوكيلُ : أَنَّهُ تزوَّجها لهُ ، وٱدَّعتِ المرأَةُ ذٰلكَ ، وأَنكرَ الموكِّلُ . . لَمْ يُقبَلْ قولُ الوكيلِ ؛ لأَنَّهُ يمكنُهُ إقامةُ البيِّنةِ علىٰ النكاحِ ؛ لأَنَّهُ لا يَعقِدُ حتَّىٰ يُحضِرَ شاهدينِ) .

فإذا قلنا : يُقبَلُ قولُ الوكيلِ ، فأَقرَّ بقبضِ الثَّمَنِ مِنَ المشتري ، وأَنَّهُ تَلِفَ في يدِهِ ، وحلفَ الوكيلُ ، ثُمَّ خرجَ المبيعُ مُستَحقّاً ، فَرجَعَ المشتري علىٰ الوكيلِ بالثَّمنِ . . قالَ أَبو العبّاس : لَمْ يكنْ للوكيلِ أَنْ يَرجِعَ علىٰ موكِّلهِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يؤدِّي إلىٰ أَنْ يَستحِقَّ الرجوعَ عليهِ بقولِهِ ويمينِهِ ، فهوَ كما لو باعَ شيئاً ، ثُمَّ ٱختلفا في عَيبِهِ ، فحلفَ البائعُ ، فلوَ وَجدَ بهِ عيباً قديماً ، فردَّهُ بهِ . . فليسَ للبائعِ أَنْ يُطالِبَهُ بأَرشِ العيبِ الذي حلَفَ علىٰ حدوثِهِ في يدِ المشتري ، بلْ يكونُ القولُ قولَ المشتري .

---

(١) في (م) : (كما ذكرناه) .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وفي رجوعِ الوكيلِ علىٰ موكّلهِ في هٰذهِ نظرٌ ؛ لأَنَّهُ يُثبتُ بيمينهِ قبضَهُ للثَّمنِ وتلفَهُ ، فأَمّا الرجوعُ : فإنَّما يَثبُتُ لهُ بسببٍ آخرَ ، وهوَ أَنَّهُ نائبٌ عنهُ في البيعِ ، وهٰذا كما نقولُ في النَّسبِ : إنَّهُ لا يَثبُتُ بشهادةِ النساءِ ، وإذا أَثبتنَ الوِلادةَ في الفراشِ . . ثبتَ النسبُ .

فرعٌ : [ٱختلاف قول الموكل والوكيل] :

وإنْ وكَّلهُ أَنْ يَشتريَ لهُ عبداً بثَمَنٍ معيَّنٍ ، أَو بثَمنٍ في الذمَّةِ ، فٱشتراهُ ، ثُمَّ قالَ الوكيلُ : ٱشتريتُهُ بأَلفٍ ، وصدَّقهُ البائعُ ، وقالَ الموكِّلُ : بَلِ ٱشتريتَهُ بخمسِ مئةٍ . ولا بيِّنةَ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : فهيَ علىٰ القولينِ . ولَمْ يَذكرِ الشيخُ أبو حامدٍ في « التعليقِ » ، والمَحامليُّ إلاَّ : أَنَّ القولَ قولُ الموكِّلِ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إنْ كانَ الشراءُ في الذمَّةِ . . فالقولُ قولُ الموكِّلِ ، وإنْ كانَ الشراءُ بعينِ مالِ الموكِّلِ . . فالقولُ قولُ الوكيلِ ؛ لأَنَّ الثَّمَنَ إذا كانَ في الذِّمَّةِ . . كانَ الموكِّلُ غارماً ، والقولُ قولُ الغارمِ ، وإذا كانَ الثَّمَنُ معيَّناً . . فإنَّ الغارِمَ هوَ الوكيلُ ؛ لأَنَّهُ يريدُ المطالبةَ بردِّ ما زادَ علىٰ خمسِ مئةٍ) .

دليلُنا : أَنَّهُ يَملِكُ الشراءَ ، فملَكَ الإقرارَ بكيفيَّتِهِ ، كالأَبِ في تزويجِ ٱبنتهِ البِكرِ ، وما ذكروهُ مِنَ الفَرقِ . . فغيرُ صحيحٍ ؛ لأَنَّ في الموضعينِ الغُرمَ علىٰ الموكِّلِ .

فرعٌ : [ثبوت قول الوكيل مع البينة] :

إذا وكَّلهُ أَنْ يَشتريَ لهُ جاريةً ، فٱشتراها الوكيلُ بعشرينَ ، ثُمَّ ٱختلفا ، فقالَ الوكيلُ : أَمرتني أَنْ أَشترِيَها لكَ بعشرينَ ، وقدِ ٱشتريتُها لكَ بذٰلكَ . وقالَ الموكِّلُ : بَلْ أَمرتُكَ أَنْ تشتريَها لي بعشرةٍ ، فٱشتريتَها بعشرينَ ، فلا يلزمُني الشراءُ ، فإنْ كانَ معَ الوكيلِ بيِّنةٌ أَنَّهُ أَذِنَ لهُ بذٰلكَ ، فأَقامَها . . حُكِمَ لهُ بذٰلكَ ، ولزِمَ الموكِّلَ الثَّمنُ ، وإنْ لَمْ يكنْ معَ الوكيلِ بيِّنةٌ . . فالقولُ قولُ الموكِّلِ معَ يمينهِ : أَنَّهُ ما أَمرهُ أَنْ يشتريَ لهُ إلاَّ بعشَرةٍ ؛ لأَنَّهما لوِ ٱختلفا في أَصلِ إذنهِ . . لكانَ القولُ قولَهُ ، فكذٰلكَ إذا ٱختلفا في صِفةِ إذنهِ .

فإذا حلفَ الموكِّلُ . . بَرِىءَ مِنَ الابتياعِ ، وتبقىٰ الخُصومةُ بينَ الوكيلِ والبائعِ ، فإنْ كانَ الوكيلُ قدِ ٱشترىٰ الجاريةَ بعينِ مالِ الموكِّلِ ، وذكرَ في العقدِ : أَنَّهُ يبتاعُ لموكِّلهِ بعينِ مالهِ . . حُكِمَ بفسادِ البيعِ ؛ لأنَّ الموكِّلَ لَمْ يَثبُتْ إذنُهُ بذٰلكَ ، وإنْ لَمْ يَذكُرْ في العقدِ أَنَّهُ ٱبتاعَ لموكِّلهِ بعينِ مالهِ ، إلاَّ أَنَّ البائعَ صدَّقهُ علىٰ ذٰلكَ . . حُكِمَ بفسادِ البيعِ ؛ لِمَا ذكرناهُ .

وإنْ كذَّبهُ البائعُ ، فقالَ : ما ٱشتريتَها لغيرِكَ بعينِ مالهِ ، وإنَّما ٱشتريتَها لنفسِكَ بمالِكَ . . حُكِمَ للبائعِ ؛ لأنَّ الظاهرَ أَنَّهُ ٱشترىٰ لنفسهِ ، ويَحلِفُ البائعُ : أَنَّهُ لا يَعلمُ أَنَّهُ ٱشتراها لغيرِهِ بمالِ موكِّلهِ ؛ لأنَّهُ يَحلِفُ علىٰ نفيِ فعلِ غيرِهِ ، فإذا حلَفَ . . مضىٰ[1] البيعُ ، وغَرِمَ الوكيلُ لموكِّلهِ ما دَفعَ مِنْ مالهِ .

وإنْ كانَ الوكيلُ قدِ ٱشترىٰ الجاريةَ بثَمنٍ في الذمَّةِ ، فإنْ لَمْ يَذكُر في العقدِ : أَنَّهُ يشتريها للموكِّلِ . . لَزِمَ الشراءُ علىٰ الوكيلِ ؛ لأنَّهُ ٱشترىٰ لغيرهِ في الذمَّةِ ما لَمْ يأذنْ لهُ فيهِ ، وإنْ ذكرَ الوكيلُ في الشراءِ : أَنَّهُ يشتريها لموكِّلهِ ، فإنِ ٱعترفَ البائعُ أَنَّها للموكِّلِ . . كانَ الشراءُ باطِلاً ، وإنْ قالَ البائعُ : ذكرتَ أَنَّكَ تبتاعُ للموكِّلِ في العقدِ ، ولٰكنْ ما ٱبتعتَها إلاَّ لنفسِكَ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَصِحُّ الشراءُ للوكيلِ .

والثاني : لا يَصِحُّ ، وقد مضىٰ ذِكرُهما . هٰكذا ذكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ في «التعليقِ» .

وقالَ المَحامليُّ : إذا ٱشترىٰ في الذمَّةِ ، وذكرَ أَنَّهُ يشتريها للموكِّلِ . . فعلىٰ الوجهينِ ، سواءٌ صدَّقهُ البائعُ علىٰ ذٰلكَ أَو كذَّبهُ .

فكلُّ موضعٍ قلنا : البيعُ باطلٌ . . فلا تفريعَ عليهِ ، وكلُّ موضعٍ قلنا : البيعُ فيهِ صحيحٌ . . فإنَّ الجاريةَ تكونُ مِلكاً للوكيلِ ، وهلْ يَملِكُها ظاهراً وباطناً ، أَو في الظاهرِ دون الباطنِ ؟ يُنظَرُ فيهِ :

فإنْ كانَ الوكيلُ كاذباً في إذنِ الموكِّلِ لهُ في ٱبتياعها بعشرينَ . . فإنَّهُ يَملِكُها ظاهراً وباطناً ؛ لأنَّ البيعَ وقعَ لهُ .

---

(١) في نسخة : (اقتضىٰ) .

وإنْ كانَ الوكيلُ صادقاً في أَنَّ الموكِّلَ أَذِنَ لهُ في ٱبتياعِها بعشرينَ . . فإنَّ الوكيلَ يَملِكُها في الظاهرِ ، وفي الباطنِ هي مِلكٌ للموكِّلِ ، فلا يَحِلُّ لهُ وطؤُها ؛ لأَنَّها مِلكُ غيرِهِ .

قالَ المزنيُّ ، والشافعيُّ : (يُستَحَبُّ في مِثلِ هٰذا أَنْ يَرفُقَ الحاكمُ بالموكِّلِ ، ويقولَ لهُ : إنْ كنتَ أَمرتَهُ أَنْ يشتريَها بعشرينَ . . فبِعهُ إيّاها بعشرينَ ، فإذا قَبِلَ الوكيلُ . . حلَّ لهُ وطؤُها) . فإنْ قالَ الموكِّلُ للوكيلِ : بعتُكَ هٰذهِ الجاريةَ بعشرينَ ، أَو ولَّيتُكَها بعشرينَ ، فقالَ الوكيلُ : قَبِلتُ . . مَلكَها ظاهراً وباطناً ، وإنْ قالَ الموكِّلُ : إنْ كنتُ أَمرتُكَ أَنْ تَشترِيَها بعشرينَ . . فقد بِعتُكَها بعشرينَ ، أَو ولَّيتُكَها بعشرينَ ، فقالَ الوكيلُ : قَبِلتُ . . فهل يَملِكها في الباطنِ ؟ فيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : مِنْ أَصحابِنا مَنْ قال : لا يَملِكُها بذٰلكَ في الباطنِ ؛ لأَنَّهُ بيعٌ معلَّقٌ علىٰ شرطٍ ، فلَمْ يَصِحَّ ، كما لو قالَ : إذا جاءَ رأسُ الشهرِ . . فقد بِعتُكَها بعشرينَ . قالَ : والمزنيُّ إنَّما حَكىٰ كلامَ الحاكمِ لا كلامَ الموكِّلِ .

و**[الثاني]** : منهمْ مَن قالَ : يَصِحُّ ويَملِكُها في الباطنِ بذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ شرطٌ يقتضيهِ الإيجابُ ؛ لأَنَّهُ لا يَصِحُّ أَنْ يبيعَهُ إلاَّ إنْ كانَ قد أَذِنَ لهُ ، وكلُّ أَمرٍ يعلمانِ وقوعَهُ . . فلا يضرُّ شرطُهُ ، كما لوِ ٱتَّفقا أَنَّ هٰذا الشيءَ مِلْكُهُ ، فقالَ : إنْ كانَ هٰذا مِلكي . . فقد بِعتُكَهُ ، فيصحُّ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وعندي أَنَّ الموكِّلَ لا يُقالُ لهُ : قُلْ : قدْ بِعتُكَها مطلَقاً ؛ لأَنَّهُ يؤدِّي إلىٰ تكذيبِ قولِهِ ، والإقرارِ منهُ بالمِلكِ ، فإنْ لَمْ يفعلِ الموكِّلُ ذٰلكَ . . لَمْ يُجبَرْ علىٰ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ قدْ ثبتتْ بيمينهِ براءَتُهُ .

فعلىٰ هٰذا : ما يَصِحُّ أَنْ يَصنعَ الوكيلُ بالجاريةِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَملِكُها ظاهراً وباطناً ؛ لأَنَّا قدْ حكَمْنا بفَسْخِ العقدِ في حكمِ[1] الموكِّل ،

---

(١) في (م) : (حقّ) .

فكانتْ مِلكاً للوكيلِ ، كمَا لو باعَ رجلٌ جاريةً مِنْ غيرِهِ ، فأفلَسَ المشتري بالثَّمنِ ، وحُجِرَ عليهِ ، فرَجعَ البائعُ إلىٰ جاريتهِ .

فعلىٰ هٰذا : يَحِلُّ لهُ وطؤُها ، وٱستخدامُها ، وبيعُها ، وهبتُها مِنْ غيرِهِ .

والثاني : لا يَملِكُها في الباطنِ ، ويكونُ كمنْ لهُ علىٰ غيرِهِ حقٌّ ، فٱمتنعَ مِنْ أدائِهِ ، ووَجدَ شيئاً مِنْ مالهِ مِنْ غيرِ جنسِ حقِّهِ ؛ لأنَّ الوكيلَ يُقِرُّ : أنَّهُ لَمْ يَملِكها .

فعلىٰ هٰذا : لا يَحِلُّ لهُ وطؤُها ، ولا ٱستخدامُها ، ولا هبتُها مِنْ غيرِهِ ، ولٰكنْ يُباعُ منها بقدرِ ما دفعَ مِنَ الثَّمنِ ، ومَنِ الذي يتولَّىٰ بيعَها ؟ فيهِ وجهانِ ، يأتي ذكرُهما إنْ شاءَ اللهُ .

فإنْ كانَ ثمنُها قدرَ حقِّهِ . . أخذهُ ، وإنْ كانَ أقلَّ . . كانَ لهُ أنْ يستوفيَ الباقيَ مِنْ مالِ الموكِّلِ ، وإنْ كانَ أكثرَ مِنْ حقِّهِ . . أخذَ قدرَ حقِّهِ ، وأَمسكَ الباقيَ للموكِّل في يدِهِ إلىٰ أنْ يدَّعيَهُ .

مسأَلةٌ : [تلف العين بيد الوكيل يثبته البينة أو اليمين] :

وإنِ ٱدَّعىٰ الوكيلُ أنَّ العينَ التي في يدِهِ لموكِّلهِ تَلِفتْ مِنْ غيرِ تفريطٍ ، وأنكرَ الموكِّلُ تلفَها ، فإنِ ٱدَّعىٰ تَلفَها بسببٍ ظاهرٍ . . لَمْ يُقبَلْ قولُهُ حتَّىٰ يُقيمَ البيِّنةَ علىٰ السببِ الظاهرِ ؛ لأنَّهُ يُمكنُه إقامةُ البيِّنةِ عليهِ ، فإذا أقامَ البيِّنةَ علىٰ السببِ الظاهرِ ، أوِ ٱدَّعىٰ تلفَها بسببٍ خَفِيٍّ . . فالقولُ قولُهُ معَ يمينهِ : أنَّها تَلِفتْ ؛ لأنَّهُ يتعذَّرُ عليهِ إقامةُ البيِّنةِ علىٰ تَلفِها ، فقُبِلَ قولُهُ في ذٰلكَ .

فرعٌ : [إنكار الموكل ردَّ العين] :

وإنِ ٱدَّعىٰ الوكيلُ أنَّهُ ردَّ العينَ إلىٰ موكِّلهِ ، وأنكرَ ذٰلكَ الموكِّلُ ، فإنْ كانتِ الوكالةُ بغيرِ جُعلٍ . . فالقولُ قولُ الوكيلِ معَ يمينهِ ؛ لأنَّهُ قَبضَ العينَ لمنفعةِ مالِكِها ، فقُبِلَ قولُهُ في ردِّها ، كالمُودَعِ ، وإنْ كانتِ الوكالةُ بجُعلٍ ، بأنْ يقولَ : وكَّلتُكَ ببيعِ هٰذهِ السِّلعةِ ، ولكَ الجُعلُ دِرهَمٌ ، فإذا باعها . . ٱستحقَّ الدرهمَ ، فإنِ ٱختلفا في رَدِّ العينِ ، أو ردِّ

ثَمنِها إلىٰ الموكِّلِ ، فٱدّعاهُ الوكيلُ ، وأنكرهُ الموكِّلُ . . ففيهِ وجهانِ :

أحدُهما : لا يُقبَلُ قولُ الوكيلِ ؛ لأنَّهُ قَبَضَ العينَ لمنفعةِ نفسِهِ ، فلَمْ يُقْبَلْ قولُهُ في ردِّها ، كالمرتَهِنِ ، والمستعيرِ .

والثاني : يُقبَلُ قولُ الوكيلِ معَ يمينِهِ ؛ لأنَّهُ لا منفعةَ لهُ في العينِ ، وإنَّما منفعتُهُ بالجُعلِ .

مسألَةٌ : [يُطلب الإشهاد] :

إذا كانَ لرجلٍ عندَ رجلٍ حقٌّ ، فطالبَهُ بهِ ، فقالَ مَنْ عليهِ الحقُّ : لا أُسلِّمُهُ إليكَ حتَّىٰ تُشهِدَ علىٰ نفسِكَ بالقبضِ . . فهلْ لهُ ذٰلكَ ؟ ٱختلفَ أصحابُنا فيهِ :

فقالَ أكثرُهمْ : يُنظَرُ في ذٰلكَ :

فإنْ كانَ مَنْ عندَهُ الحقُّ يُقبَلُ قولُهُ في الردِّ ، كالوكيلِ بغيرِ جُعلٍ ، والمُودَعِ أَوِ الوكيلِ بجُعلٍ ، والمقارضِ ، والأجيرِ المشترَكِ ، إذا قلنا : يُقبَلُ قولُهمْ في الردِّ . . لَمْ يكنْ لهُ أَنْ يَمتنعَ لأجلِ الإشهادِ ؛ لأنَّهُ لا ضَررَ عليهمْ أَنْ لا يُشهِدَ صاحبُ الحقِّ ؛ لأنَّ قولَهمْ مقبولٌ في الردِّ ، فإذا ٱمتنعوا مِنَ الردِّ . . ضَمِنوا .

وإنْ كانَ مَنْ عندَهُ الحقُّ لا يُقبلُ قولُهُ في الردِّ ، كالمرتَهِنِ ، والمستعيرِ ، والغاصبِ أَوِ الوكيلِ بجُعلٍ ، والمُقارِضِ ، والأجيرِ المشترَكِ ، إذا قلنا : لا يُقبَلُ قولُهُمْ في الردِّ ، فإنْ كانَ لا بيِّنةَ لصاحبِ الحقِّ عليهمْ . . لمْ يكنْ لهمُ الامتناعُ لأجلِ الإشهادِ ؛ لأنَّهُ يمكنهُ أَنْ يَحلِفَ : أنَّهُ لا يَستحِقُّهُ عليهِ ، وإنْ كانَ لصاحبِ الحقِّ بهِ بيِّنةٌ . . كانَ لهمُ الامتناعُ مِنَ التسليمِ إلىٰ[1] أَنْ يُشهِدَ صاحبُ الحقِّ بقبضهِ ؛ لأنَّهُ لا يُؤمَنُ أَنْ يُطالِبَهُ بحقِّهِ بعدَ أَخذِهِ لهُ ، ويُقيمَ البيِّنةَ ، ولا يُقبلُ قولُهُ في الردِّ ، فيلزمُهُ غُرْمُهُ[2] .

وقالَ أَبو عليٍّ بنُ أَبي هريرةَ : لهُ أَنْ يَمتنعَ مِنَ الردِّ إلىٰ أَنْ يُشهِدَ صاحبُ الحقِّ بقبضهِ

---

(١) في (م) : (إلا) وفي الموضع الآتي .
(٢) في (م) : (عوضه) .

في جميعِ هٰذهِ المسائلِ كلِّها ؛ لأَنَّ لهُ غَرضاً في ذٰلكَ ، وهو سقوطُ اليمينِ عنهُ ، وعادةُ الأمناءِ التحرُّزُ[١] مِنَ الأَيمانِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : وهٰذا لا بأسَ بهِ عندي إذا كانَ الإشهادُ ممكناً لا يؤدِّي إلىٰ تأخيرِ الحقِّ ، فأَمّا إذا أَدّىٰ إلىٰ تأخيرِ الحقِّ لتعذُّرِ الإشهادِ . فعلىٰ[٢] التفصيلِ الذي مضىٰ .

وباللهِ التوفيقُ للصوابِ

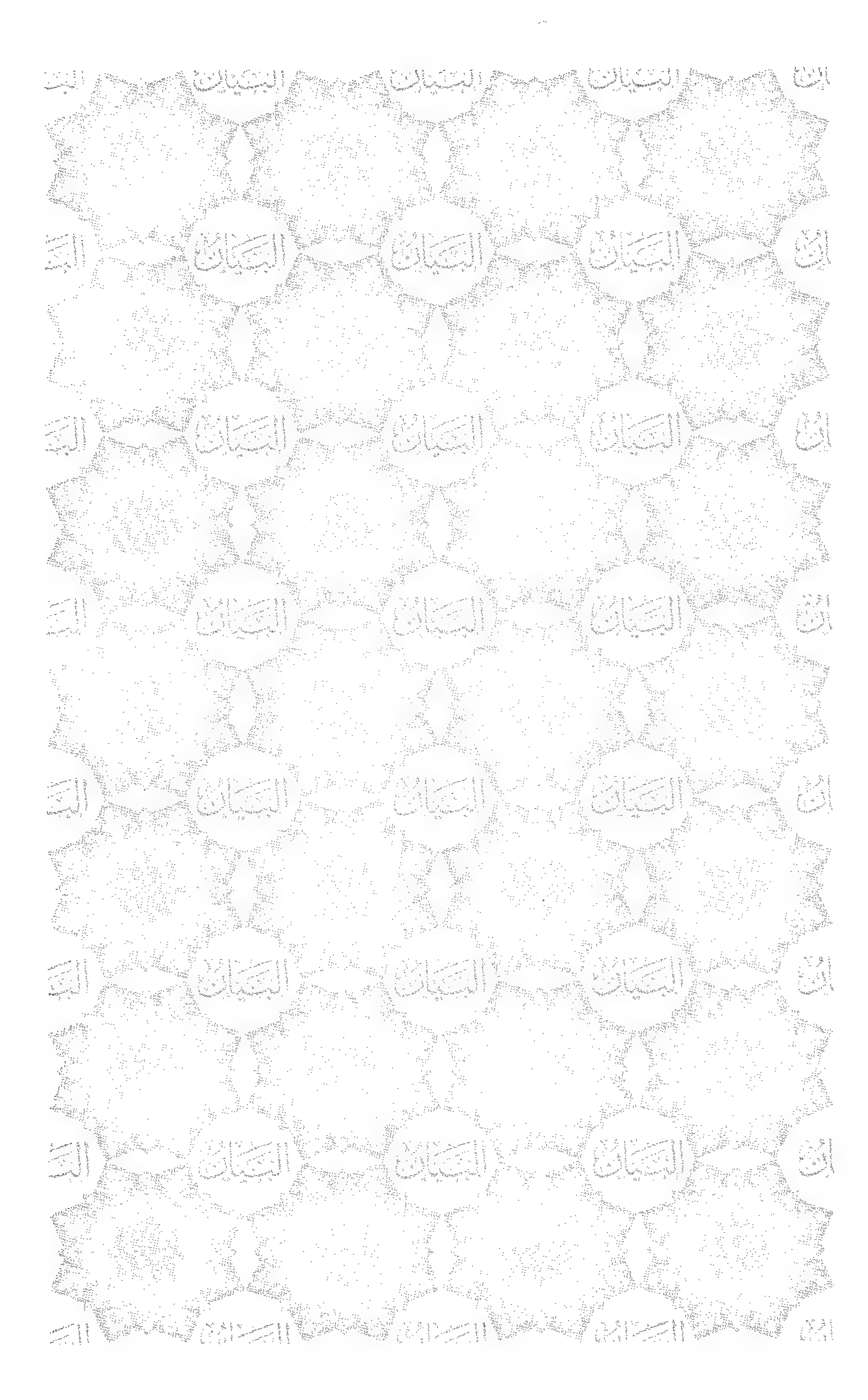
* * *

(١) التحرز : التحفظ ، وعند أناس أن الزاي مبدلة من السين ، وأن الأصل الحرس .

(٢) في (م) : (كان علىٰ) .



كِتَابُ الوَدِيعَةِ



كتاب الوديعة[1]

الوديعةُ ، مشتقّةٌ مِنَ السكونِ ، فكأنَّها ساكنةٌ عندَ المُودَعِ ، مستقرَّةٌ ، وقيلَ : إِنَّها مشتقّةٌ مِنَ الدَّعَةِ ، فكأنّها في دَعةٍ عندَ المودَعِ .

والأَصلُ في الوديعةِ : الكتابُ ، والسنّةُ ، والإجماعُ .

أَمَّا الكتابُ : فقولُهُ تعالىٰ : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ﴾ [النساء : ٥٨] .

وقولُهُ تعالىٰ : ﴿ فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَـٰنَتَهُۥ ﴾ [البقرة : ٢٨٣] .

وقولُهُ تعالىٰ : ﴿ وَمِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَـٰبِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ ﴾ [آل عمران : ٧٥] . فدلَّ علىٰ : أَنَّ للأَمانةِ أَصلاً في الشرعِ .

وأَمَّا السنّةُ : فما رُوِيَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « أَدِّ ٱلأَمَانَةَ إِلَىٰ مَنِ ٱئْتَمَنَكَ ، وَلاَ تَخُنْ مَنْ خَانَكَ »[2] ، أي : لا تُقابِلْهُ بخيانةٍ .

---

(١) **الوديعة** ـ واحدة الودائع ، وهي ما استُودِع ـ : من ودع الشيءُ يَدَعُ : إذا سكن واستقر ، ومنه قوله تعالىٰ : ﴿ فَمُسْتَقَرٌّ وَمُسْتَوْدَعٌ ﴾ [الأنعام : ٩٨] . يقال : أودعت الرجل وديعة : إذا أقررتَها في يده على سبيل الأمانة علىٰ أن تستردها .

والوديع : الرجل الساكن ، والموادعة : المصالحة والمتاركة ، وودَّع : ترك وتخلىٰ ، ومنه قوله تبارك وتعالىٰ : ﴿ مَا وَدَّعَكَ رَبُّكَ ﴾ [الضحىٰ : ٣] . قال الشاعر :

لَيـت شعـري عـن خليلـي مـا الـذي غـالَـهُ فـي الحـبِّ حتـىٰ ودعَـهْ

وقيل : هي من الدعة : الخفض والراحة ، وهي لغة : الشيء الموضوع عند غير صاحبه ليحفظه . وشرعاً : تقال علىٰ الإيداع ، وعلىٰ العين المودعة ، وهي في الحقيقة : توكيل في حفظ مملوك أو محترم علىٰ وجه مخصوص .

ولها أربعة أركان : مودِع ، ومودَع ، ووديعة ، وصيغة .

(٢) أخرجه عن أبي هريرة أبو داود (٣٥٣٥) ، والترمذي (١٢٦٤) ، والدارقطني في « السنن » (٣/ ٣٥) ، والحاكم في « المستدرك » (٢/ ٤٦) في البيوع ، وصححه ، ووافقه الذهبي ، =

ورُوي عنه ﷺ : أَنَّهُ قالَ : « مَنْ كَشَفَ عَنْ مُسْلِمٍ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ ٱلدُّنْيَا . . كَشَفَ ٱللهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ يَوْمِ ٱلْقِيَامَةِ ، وَٱللهُ فِي عَوْنِ ٱلْعَبْدِ مَا دَامَ ٱلْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ »[١] .

ورُويَ : (أَنَّ النبيَّ ﷺ كانتْ عندَهُ ودائعُ بمكَّةَ ، فلمَّا أَرادَ أَنْ يُهاجِرَ . . تركَها عندَ أُمِّ أَيمنَ ، وخلَّفَ عليّاً ليردَّها علىٰ أَهلِها)[٢] .

وأَمَّا الإِجماعُ : فإِنَّ الأُمَّةَ أَجمعتْ علىٰ جوازِ الإِيداعِ[٣] .

= والحديث حسن بشواهده . وفي الباب :

عن أنس رواه الدارقطني في « السنن » (٣/ ٣٥) في البيوع .

قال الترمذي : هٰذا حديث حسن غريب ، وقد ذهب بعض أهل العلم إلىٰ هٰذا الحديث ، وقالوا : إذا كان للرجل علىٰ آخر شيء ، فذهب به ، فوقع له عنده شيء . . فليس له أن يحبس عنه بقدر ما ذهب له عليه ، ورخص فيه بعض أهل العلم من التابعين ، وهو قول الثوري ، وقال : إن كان له عليه دراهم ، فوقع له عنده دنانير . . فليس له أن يحبس بمكان دراهمه إلا أن يقع له عنده دَراهم ، فله حينئذ أن يحبس من دراهمه بقدر ما له عليه .

وقد اختلف القول في هٰذا الحديث . انظر ذٰلك في « تلخيص الحبير » (٣/ ١١٢) ، فقد استوعب وأفاد .

(١) سلف ، وأخرجه عن أبي هريرة بألفاظ متقاربة مسلم (٢٦٩٩) في الذكر والدعاء ، وأبو داود (٤٩٤٦) في الأدب ، والترمذي (١٤٢٥) في الحدود ، وابن ماجه (٢٢٥) في المقدمة .

(٢) هكذا أورده صاحب « المهذب » (١/ ٣٦٣) ، وأخرج قصة عليٍّ المرتضىٰ لتأدية الأمانات مقتصراً عن عائشة الصديقة البيهقيُّ في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٢٨٩) في الوديعة . وفي الباب أيضاً من طريق محمد بن إسحاق :

عن عويم بن ساعدة عن رجال من قومه صحبوا رسول الله ﷺ رواه البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٢٨٩) ، وفيه : (أقام عليٌّ ثلاث ليال وأيامها حتىٰ أدّىٰ عن رسول الله ﷺ الودائع التي كانت عنده للناس ، حتىٰ إذا فرغ منها . . لحق رسول الله ﷺ) . وقالَ : وهٰذا فيما أجاز لي ، يعني : الحاكم أبا عبد الله .

وأورده ابن كثير في « السيرة النبوية » (٢/ ٢٣٤) في هجرة النبي ﷺ . ولم أر من ذكر ما أورده المؤلف عن أم أيمن ، لكن قال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ١١٢) : أما تسليمها إلىٰ أم المؤمنين : فلا يعرف ، بل لم تكن عنده في ذٰلك الوقت إن كان المراد بها عائشة ، نعم كان قد تزوج أم المؤمنين سودة قبل الهجرة ، فإن صح . . فيحتمل أن تكون هي . وأما أمره علياً بردها : فرواه ابن إسحاق بسند قوي . والله أعلم .

(٣) قال ابن المنذر في « الإجماع » (٥٥٨) : وأجمعوا علىٰ أن الأمانات مردودة إلىٰ أربابها .

إذا ثبتَ هٰذا : فالنَّاسُ في قَبولِ الوديعةِ علىٰ ثلاثةِ أَضربٍ :

ضربٌ يَعلَمُ مِنْ نفسهِ القدرةَ علىٰ حفظِها ، ويأمَنُ مِنْ نفسهِ الخيانةَ فيها ، ولا يخافُ التلفَ عليها إنْ لَمْ يَقبلْها ، فهٰذا يستحبُّ لهُ قَبولُها ؛ لقولِهِ تعالىٰ : ﴿ وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ [المائدة : ٢] . ولا يجبُ عليهِ قَبولُها ؛ لأنَّهُ لا ضرورةَ بهِ تدعو إلىٰ ذٰلكَ .

وضربٌ يجبُ عليهِ قَبولُها ، وهوَ أَنْ يأتيَ رجلٌ بمالٍ ليودِعَهُ في مكانٍ عندَ رجلٍ ، وليسَ هناكَ مَنْ يَصلحُ لحفظِها إلاَّ هوَ ، وهوَ يَعلمُ أَنَّهُ إنْ لَمْ يَقبلْ ذٰلكَ منهُ . . هلكَ المالُ ، فيجبُ عليهِ القَبولُ ؛ لقولِهِ ﷺ : « حُرْمَةُ مَالِ ٱلْمُؤْمِنِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ »[1] . فلو خافَ علىٰ دَمِهِ ، وقدَرَ علىٰ الدفعِ عنهُ . . لوجَبَ عليهِ ذٰلكَ ، وكذٰلكَ مالُهُ ، فإنْ لَمْ يَقبلْها . . أَثِمَ ؛ لِمَا ذكرناهُ ، ولا يَضمَنُ المالَ إنْ تلِفَ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يوجدْ منهُ تعدٍّ ، فهو كمَا لو قدَرَ علىٰ الدفعِ عَنْ نفسِ غيرِهِ ، وَلَمْ يَدفعْ عنهُ حتَّىٰ قُتِلَ .

وضربٌ يُكرهُ لهُ القَبولُ ، وهوَ مَنْ يَعلَمُ مِنْ حالِ نفسهِ العجزَ عَن حفظِ الوديعةِ ، أَو لا يأَمَنُ مِنْ نفسهِ الخيانةَ فِيها ؛ لأَنَّهُ يُغرِّرُ بمالِ غيرِهِ ، ويعرِّضُ نفسَهُ للضمانِ ، فإنْ قَبِلَها . . لَمْ يجبْ عليهِ الضمانُ إلاَّ بالتعدِّي .

مسأَلَةٌ : [أَهليةُ المُودِعِ] :

ولا يَصِحُّ الإيداعُ إلاَّ مِنْ جائزِ التصرُّفِ في المالِ ، فإنْ أَودَعَهُ صبيٌّ أَو سفيهٌ مالاً . . لَمْ يَجُزْ لهُ قَبولُ ذٰلكَ منهُ ؛ لأنَّهُ لا يَملِكُ حفظَ المالِ بنفسِهِ ، فلا يَملِكُ أَنْ يُملِّكَ ذٰلكَ غيرَهُ ، فإنْ أَخذَهُ منهُ . . ضمِنَهُ ، ولا يَبرأُ إلاَّ بتسليمهِ إلىٰ الناظرِ في مالهِ ؛ لأَنَّ قبضَهُ

---

(١) أخرجه عن ابن مسعود الدارقطني في « السنن » (٣/ ٢٦) في البيوع ، وأورده الحافظ السيوطي في « الجامع الصغير » (٣٧٠٧) ، ونسبه لأبي نعيم في « الحلية » ، وأشار لضعفه ، وفيه : (مسلم) بدل : (مؤمن) كما في نسخة .

قال المناوي في « فيض القدير » (٣/ ٣٨١ ـ ٣٨٢) : غريب من حديث الحسن والهجري . . ثم نقل عن ابن حجر : وله طرق أخرىٰ عن حميد ، عن أنس . وقال الهيثمي : رواه البزار ، وأبو يعلىٰ ، وفيه محمد بن دينار ، وثّقه جمع ، وضعّفه جمع ، وبقية رجال أبي يعلىٰ ثقات .

كانَ غيرَ جائزٍ ، فكانَ مضموناً عليهِ ، فإنْ خافَ المُودَعُ إنْ لَمْ يَقبلْ ذٰلكَ منهُ تَلِفَ ، أَو أَتلفهُ الصبيُّ ، أَوِ السفيهُ ، فأخذَهُ بنيَّةِ أَنْ يسلِّمَهُ إلىٰ الناظرِ في أَملاكهِ[١] ، فتَلِفَ في يدِ القابضِ قَبْلَ ردِّهِ إلىٰ الوليِّ مِنْ غيرِ تفريطٍ . . فهلْ يجبُ عليهِ الضمانُ ؟ فيهِ وجهانِ مأخوذانِ مِنَ القولينِ في المُحْرِمِ إذا خلَّصَ صيداً مِنْ سَبُعٍ ، فهلَكَ في يدهِ .

مسألةٌ : [كفاءةُ المودَعِ] :

ولا يَصِحُّ الإيداعُ إلاَّ عندَ جائزِ التصرُّفِ في المالِ ، فإنْ أَودَعَ صبيّاً ، أَو مجنوناً[٢] . . لَمْ يَصِحَّ ؛ لأنَّهما ليسا مِنْ أَهلِ حفظِ الأَموالِ ، فإنْ تلِفَتِ الوديعةُ عندَهُما مِنْ غيرِ تفريطٍ . . لَمْ يجبْ عليهِما الضمانُ ؛ لأنَّهُ إذا لَمْ يجبِ الضمانُ في هٰذه الحالة علىٰ مَنْ صحَّ الإيداعُ عندَهُ . . فلأَنْ لا يجبَ علىٰ مَنْ لمْ يصحَّ الإيداعُ عندَهُ أَولىٰ .

وإنْ تَلِفَتِ الوديعةُ عندَهُما بتفريطٍ منهما في حفظِها ، ولَمْ يباشرا إتلافَها . . لَمْ يجبْ عليهِما الضمانُ ؛ لأنَّهما لَمْ يَلزَمْهُما حفظُها ، فيلزمُهما الضمانُ عندَ التفريطِ ، وإنْ أَتلفاها بأَنفسِهما . . فهلْ يجبُ عليهِما الضمانُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يجبُ عليهِما الضمانُ ؛ لأَنَّ مالِكَها مكَّنهما مِنْ إتلافِها ، فهُو كما لو باعَهما مالاً ، أَو أَقرَضَهما وأَقبَضَهما إيّاهُ ، فأَتلفاهُ .

والثاني : يجبُ عليهِما الضمانُ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يسلِّطْهُما علىٰ الإتلافِ ، وإنَّما أَمَرهُما بالحفظِ .

فرعٌ : [أَودعَ عندَ عبدِ غيرِهِ] :

وإنْ أَودَعَ مالَهُ عندَ عبدِ غيرِهِ . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : صحَّ الإيداعُ ؛ لأَنَّهُ مكلَّفٌ ، فإنْ فرَّطَ في حفظهِ حتَّىٰ تلِفَ ، أَو أَتلفَهُ العبدُ . . وَجبَ عليهِ الضمانُ .

---

(١) في (م) : (ماله) .
(٢) في (م) : (سفيهاً) .

فإنْ قُلنا : إنَّ الصبيَّ إذا أَتلفَ ما أُودِعَ عندَهُ ضمِنَهُ . . كانَ الضمانُ هاهُنا في رقَبةِ العبدِ .

وإنْ قلنا هناكَ : لا ضمانَ علىٰ الصبيِّ . . كانَ الضمانُ هاهُنا في ذمَّةِ العبدِ إلىٰ أنْ يعتِقَ .

قالَ الطبريُّ : وإنْ أَودعهُ العبدُ شيئاً ، فقبَضهُ . . فعلىٰ مَنْ يردُّهُ المودَعُ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما سَهلٌ[1] :

أَحدُهما : أَنَّهُ بالخِيارِ : إنْ شاءَ . . ردَّهُ علىٰ العبدِ ، وإنْ شاءَ . . ردَّهُ علىٰ سيِّدهِ .

والثاني ـ وهُو مذهبُ أَبي حنيفةَ ـ : أَنَّهُ يردُّهُ علىٰ العبدِ دونَ السيِّدِ .

مسألةٌ[2] : [صيغةُ عقدِ الوديعةِ] :

ولا تنعقدُ الوديعةُ إلاَّ بالإيجابِ بالقولِ ، والقَبولِ بالقولِ أَوِ الفعلِ ، كما قُلنا في الوكالةِ .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٤٤١] : ولا يَلزمُ المودَعَ حفظُ الوديعةِ حتَّىٰ يَقبضَها ، والوديعةُ مِنَ العُقودِ الجائزةِ ، لكلِّ واحدٍ منهما أَنْ يَفسخَها ؛ لقولِهِ ﷺ : « أَدِّ ٱلأَمَانَةَ إِلىٰ مَنِ ٱئْتَمَنَكَ » ، ولأَنَّ (أَدِّ) : مَلَّكْها لصاحِبِها ، والمُودَعَ متطوِّعٌ بالحفظِ ، فكانَ لكلِّ واحدٍ منهُما فسخُها متىٰ شاءَ ، فإنْ ماتَ أَحدُهما ، أَو أُغميَ عليهِ ، أَو جُنَّ ، أَو حُجِرَ عليهِ لسَفهٍ . . ٱنفسخَتِ الوديعةُ ؛ لأَنَّها عقدٌ جائزٌ ، فٱنفسخَتْ بما ذكرناهُ ، كالوكالةِ . فإنْ حدثَ ذٰلكَ بالمالكِ . . فعلىٰ المودَعِ ردُّ الوديعةِ إلىٰ الوارثِ ، أَو إلىٰ الوليِّ ، فإنْ أَمسكَها بعدَ تمكُّنِهِ مِنَ الردِّ . . ضمِنها ؛ لأَنَّا قدْ حَكمنا بٱنفساخِ الوديعةِ ، وإنْ حدثَ ذٰلكَ للمُودَعِ . . فعلىٰ وارثهِ أَو وليِّهِ ردُّ الوديعةِ ؛ لأَنَّ مالِكَها لَمْ يَرضَ بأَمانةِ غيرِ المودَعِ .

(١) سهل : هو أبو الطيب بن محمد بن موسى بن عيسى بن إبراهيم أبي سهل الصعلوكي الحنفي . أَكتَبَ مَنْ رَأَينا من علمائنا وأَنظَرَهُم ومن أصحاب الوجوه . انظر للنواوي «طبقات الفقهاء الشافعية» (١٧٤) و «تهذيب الأسماء واللغات» (٢٣٩) .

(٢) وفي نسخة : (فرع) .

مسألةٌ : [يدُ المودَع يدُ أمانةٍ] :

والوديعةُ أَمانةٌ في يدِ المودَعِ ، فإنْ تلِفَتْ في يدِهِ بغيرِ تفريطٍ منهُ . . لَمْ يجبْ عليهِ الضمانُ ؛ لِمَا رَوىٰ عَمرُو بنُ شعيبٍ ، عَنْ أَبيهِ ، عَنْ جدِّهِ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « لَيْسَ عَلَىٰ ٱلمُسْتَوْدَعِ ـ غيرِ ٱلمغلِّ ـ ضَمَانٌ »[(١)] . ورُوِيَ ذٰلكَ عَنْ أَبي بكرٍ[(٢)] ، وعُمرَ[(٣)] ، وعليٍّ ، وٱبنِ مسعودٍ[(٤)] ، ولا مخالفَ لهُم مِنَ الصحابةِ ، ولأَنَّهُ لو وجبَ علىٰ المودَعِ الضمانُ مِنْ غيرِ تفريطٍ . . لامتنعَ الناسُ مِنْ قَبولِها ، فيؤدِّي ذٰلكَ إِلىٰ الضررِ بالمُودِعينَ .

فإنْ شَرطَ المودِعُ الضمانَ علىٰ المودَعِ . . لَمْ يجبْ عليهِ الضمانُ بذٰلكَ ، **وهوَ قولُ كافَّةِ العلماءِ** ، إِلاَّ عبيدَ اللهِ بنَ الحسنِ العنبريَّ[(٥)] ، فإنَّهُ قالَ : عليهِ الضمانُ . وهٰذا

---

(١) أخرجه عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما بلفظه الدارقطني في « السنن » (٣/ ٤١) في البيوع ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٩١) في العارية ، من طريق عمرو بن عبد الجبار ، عن عَبيدة بن حسان . قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٦٥) : وكلاهما ضعيف . وما بين حاصرتين من مصادر التخريج .

وبنحوه عنه رواه ابن ماجه (٢٤٠١) في الصدقات ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٢٨٩) في الوديعة ، بلفظ : « من أُودع وديعة . . فلا ضمان عليه » .

قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٦٥) : حديث ضعيف ؛ لأنه من رواية أيوب بن يزيد ، عن المثنىٰ بن الصباح ، وأيوب وشيخه المثنىٰ ضعيفان ، فيقوي أحدهما الآخر . ثم قال : وهٰذا الحكم متفق عليه ، لا نعلم فيه نزاعاً إلا ما رواه ابن حزم الظاهري [في « المحلىٰ » (٨/ ٢٧٧) ، والبيهقي (٦/ ٢٩٠) من غير وجه] عن عمر : (أنه ضمَّن الوديعة) . وقال : هٰذا صحيح عنه . وعُلِّلَ ذٰلكَ باحتمال تفريطه فيها .

(٢) روىٰ خبر الصدِّيق أبي بكر عن جابر ابن أبي شيبة في « المصنف » (٥/ ١٧٠) في العارية والوديعة ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٢٨٩) في الوديعة .

(٣) أخرج خبر عمر الفاروق عن عبد الله بن عُكيم ابن أبي شيبة في « المصنف » (٥/ ١٧٠) .

(٤) أخرج خبر المرتضىٰ عليٍّ وابن مسعود عن القاسم بن عبد الرحمن عبد الرزاق في « المصنف » (١٤٨٠١) ، والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٢٨٩) في الوديعة .

(٥) القاضي البصري الفقيه الثقة .

غيرُ صحيحٍ ؛ لِمَا ذكرناهُ مِنَ الخبرِ ، فَلَمْ يفرِّقْ بينَ أَنْ يشترطَ الضمانَ ، أَو لا يشترطَ ، ولأَنَّ ما كانَ أَصلُهُ الأَمانةَ . . لَمْ يَصِرْ مضموناً بالشرطِ ، كالمضمونِ لا يصيرُ أَمانةً بالشرطِ .

وإِنْ أَودَعهُ جاريةً ، أَو بهيمةً ، فولَدتْ عندَهُ . . كانَ الولدُ أَمانةً ؛ لأَنَّهُ لَمْ يوجدْ منهُ ما يقتضي الضمانَ ، وهلْ يَلزَمُ المودَعَ إِعلامُ المالكِ بالولدِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَلزَمُهُ ذٰلكَ ، كمَا لو أَلقتِ الريحُ إِلىٰ بيتهِ ثوباً .

والثاني : لا يَلزَمُهُ ذٰلكَ ، بَلْ لهُ إِمساكُهُ ؛ لأَنَّهُ لمّا أَودعهُ الأُمَّ . . كانَ إِيداعاً لَها ولِمَا يحدثُ منها .

مسأَلَةٌ : [في الحِرزِ] :

وإِذا أَودعهُ وديعةً . . فلا يَخلُو : إِمَّا أَنْ يُطلِقَ المودِعُ الحِرْزَ[1] ، أَو يعيِّنَ لهُ الحِرزَ . فإِنْ أَطلَقَ المودِعُ الحِرزَ . . فعلىٰ المودَعِ أَنْ يحفَظَها في حِرزِ مثلِها ، كدارهِ ودُكّانهِ ؛ لأَنَّ الإِطلاقَ يَقْتضِي حِرزَ المثلِ ، فإِنْ تركَها المودَعُ في بيتٍ ، ثُمَّ نَقلها منهُ إِلىٰ ما هوَ أَحرزُ منهُ ، أَو إِلىٰ ما هوَ دونَهُ ، إِلاَّ أَنَّ الجميعَ حِرزُ مثلِها . . فلا ضمانَ عليهِ ؛ لأَنَّهُ تركَها في حِرزِ مثلِها .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وهٰكذا : لو تركَها المودَعُ في جيبهِ أَو كُمِّهِ ، أَو أَمسَكَها معهُ وهوَ يتطرَّقُ في طُرُقاتِ البلَدِ . . لَمْ يَضمَنْ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ حِرزٌ لها بكونِ يدهِ عليها .

فإِنْ تركَها في حِرزٍ دونَ حِرزِ مثلِها . . ضمِنَها ؛ لأَنَّ إِطلاقَ الإِيداعِ يقتضي حِرزَ مثلِها ، فإِذا تركَها فِيما هوَ دونَهُ . . صارَ متعدِّياً ، فضمِنَ .

وإِنْ عيَّنَ لهُ المودِعُ الحِرزَ ، بأَنْ قالَ : أَودعتُكَ لتحفَظَها في هٰذا البيتِ ، فإِنْ حفِظَها المودَعُ في ذٰلكَ البيتِ ، ولَمْ يَنقلْها منهُ . . فلا كلامَ ، وإِنْ نقلَها المودَعُ منهُ إِلىٰ غيرِهِ ، أَو أَحرزَها في غيرِهِ . . نظرتَ :

---

(١) **الحرز** : الموضع الحصين ، يحرز صاحبه ، أي : يحفظه ويحصنه مما يحذر .

فإنْ لَمْ يَنهَهُ المودِعُ عَنِ النقلِ ، فإنْ كانَ البيتُ الذي أَحرزَها فيهِ ٱبتداءً دونَ البيتِ المعيَّنِ في الحِرزِ . . ضَمِنَها المودَعُ وإنْ كانَ حِرزاً لمثلِها ؛ لأَنَّ المودِعَ لَمْ يرضَ بما دونَهُ ، وإنْ كانَ مثلَهُ ، أَو أَحرزَ منهُ . . لَمْ يضمَنْ ؛ لأَنَّ مَنْ رضيَ حِرزاً . . رضيَ بمثلِهِ وبأَعلىٰ منهُ .

وإنْ قالَ : ٱحفظْها في هٰذا البيتِ ولا تنقلْها منهُ ، فنقلَها عنهُ . . نظرتَ :

فإنْ نَقلَها إِلىٰ ما هوَ دونَهُ . . ضَمِنَها ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَرضَ بدونِ ذٰلكَ البيتِ .

وإنْ نقلَها إِلىٰ مثلِهِ ، أَو إِلىٰ ما هوَ أَحرزُ منهُ ، فإنْ نقلَها لغيرِ خوفٍ عليها . . فهلْ يضمنُ ؟ فيهِ وجهانِ :

[**أَحدُهما**] : قالَ أَبو سعيدٍ الإِصطخريُّ : لا يضمنُ ؛ لأَنَّهُ نقلَها إِلىٰ مثلِ الحِرزِ المعيَّنِ ، أَو إِلىٰ ما هوَ أَحرزُ منهُ ، فهوَ كمَا لو لَمْ ينههُ عَنِ النقلِ .

و[**الثاني**] : قالَ أَبو إِسحاقَ : يَضمَنُ ، **وهوَ ظاهرُ المذهبِ** ؛ لأَنَّهُ قَطَعَ ٱجتهادَهُ بالتعيينِ ، فخالفَهُ بالنقلِ .

وإنْ خافَ عليها التلَفَ في الحِرزِ المعيَّنِ مِنْ نَهْبٍ ، أَو غَزْوٍ[1] ، أَو حَريقٍ . . فقدْ قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، والمَحامليُّ : جازَ لهُ نقلُها ؛ لأَنَّهُ موضعُ عُذرٍ ، فلا يَضمَنُ بالنقلِ ، وإنْ لَمْ يَنقلْها حتَّىٰ تلِفَتْ . . فهلْ يجبُ عليهِ الضمانُ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَضمَنُ ؛ لأَنَّهُ ممتثلٌ لأَمرِهِ فيما فَعلَ .

والثاني : يضمَنُ ؛ لأَنَّهُ غرَّرَ بها ، حيثُ تركَ نقلَها معَ الخوفِ عليها .

وذكرَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ في « المهذَّبِ » : إِذا كانَ النهيُ عنِ النقلِ مطلقاً ، وخافَ عليها . . لزِمَهُ نقلُها ، وجهاً واحداً ، فإنْ لَمْ يَنقلْها حتَّىٰ تلِفَتْ . . لزِمَهُ الضمانُ ، وإنَّما الوجهانِ إذا قالَ : لا تَنقلْها وإنْ خِفتَ عليها الهلاكَ .

---

(١) في نسخة : (غرق) .

فرعٌ : [مخالفةُ المودِعِ لمصلحةِ الوديعةِ] :

وإِنْ أَودعهُ وديعةً في صُندوقٍ ، وقالَ : لا تُقَفِّلْ عليها ، فأقفلَ عليها ، أَو لا تُقَفِّلْ عليها قُفلينِ ، فأَقفلَ عليها قُفلينِ ، أَو قالَ : لا تطرحْ ثيابكَ فوقَ الصندوقِ ، فخالفَهُ في ذٰلكَ ، أَو قالَ : لا تَرقُدْ عليها ، فرقَدَ عليها . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهوَ المذهبُ ـ : أَنَّهُ لا ضمانَ عليهِ ؛ لأَنَّهُ زادَهُ خيراً .

والثاني ـ وهوَ قولُ مالكٍ ـ : (أَنَّهُ يضمنُ) ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يُغري السارقَ بِها .

وإِنْ قالَ : ٱحفظْها في هٰذا البيتِ ، ولا تُدْخِلْ غيركَ إِليها ، فأَدخلَ جماعةً إِليها ، فإِنْ سرقَها واحدٌ مِنَ الذين أَدخلَهم عليها ، أَو دلُّوا عليها مَنْ سَرَقَها . . وجبَ علىٰ المودَعِ الضمانُ ؛ لأَنَّ تلفَها حصَلَ بالوجهِ المنهيِّ عنهُ ، وإِنْ تلِفَتْ بسببٍ مِنْ غيرِ الداخلينَ عليها ، بأَنِ ٱنهَدَمَ عليها البيتُ ، أَو سَرَقَها غيرُهم ، ولَمْ يَدُلَّ عليها أَحدٌ منهمْ . . لَمْ يجبْ علىٰ المودَعِ الضمانُ ؛ لأَنَّ تلفَها لَمْ يحصُلْ مِنَ الوجهِ المنهيِّ عنهُ .

فرعٌ : [مخالفةُ الحِرزِ المعيَّنِ إِلىٰ غيرِه] :

إِذا دفعَ إِليهِ وديعةً ، وهُو في البيتِ ، وقالَ : ٱحرزْها في هٰذا البيتِ ، ولا تُجمِّعْ[1] بها ، فربَطَها في ثوبِهِ ، وخرَجَ بِها . . ضمِنَ ؛ لأَنَّهُ نقلَها عنِ الحِرزِ المعيَّنِ إِلىٰ مَا هو دونَهُ ؛ لأَنَّ البيتَ أَحرزُ مِن حَمِلِها في الطرقاتِ بالثوبِ ، وإِنْ شدَّها علىٰ عَضُدِهِ وخرجَ بِها ، فإِنْ جعلَها مِمَّا يلي أَضلاعَهُ . . لَمْ يَضمنْها ؛ لأَنَّ ذٰلكَ أَحرزُ مِنَ البيتِ ، وإِنْ جعلَها خارجَ عَضُدِهِ . . ضَمِنها ؛ لأَنَّ البيتَ أَحرزُ مِنْ ذٰلكَ .

وإِنْ دفعَ إِليهِ وديعةً في السوقِ ، وقالَ : ٱحرزْها في البيتِ ، ولا تربطْها في ثيابِكَ . . قالَ الشافعيُّ : (فإِنَّهُ لا بُدَّ لهُ مِنْ ربطِها في ثيابهِ إِلىٰ أَنْ يوصِلَها إِلىٰ البيتِ ، فإِنْ حملَها في الحالِ إِلىٰ البيتِ . . لَمْ يضمَنْ ، فإِنْ تلِفَتْ في الطريقِ ، أَو علىٰ بابِ

(١) **تجمع** : تخرج إِلىٰ الجمعة أَو الجماعات ، وفي نسخة : (تخرج) .

الدارِ ، أَو تعوَّقَ لتعسُّرِ الغَلَقِ[١] . . لَمْ يضمَنْ ؛ لأَنَّهُ غيرُ مفرِّطٍ ، وإِنْ توانىٰ في حملِها إِلىٰ بيتهِ . . ضمِنَ ؛ لأَنَّهُ تعدَّىٰ بذٰلكَ) .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فإِنْ تركَها في دُكّانهِ ـ وهُو حِرزُ مثلِها ـ إِلىٰ أَنْ يرجعَ إِلىٰ دارهِ بالعشيِّ ، أَو أَكثرَ . . لَمْ يضمَنْ ؛ لأَنَّهُ مثلُ البيتِ في الحِرزِ .

مسأَلةٌ : [وضعُ الوديعة في غيرِ حرزٍ] :

وإِنْ أَودعهُ شيئاً ، فتركَهُ المودَعُ في يدهِ ، أَو ربطَهُ في كُمِّهِ ، أَو تركَهُ في جيبهِ وكانَ مزرَّراً ، أَو كانَ الفتْحُ ضيِّقاً . . لَمْ يضمَنْ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ كلَّهُ حِرزٌ لمَا تركَ فيهِ ، وإِنْ وضعَهُ في كُمِّهِ مِنْ غيرِ ربْطٍ ، فإِنْ كانَ هٰذا الشيءُ خفيفاً لا يُحِسُّ بهِ إِذا سقَطَ ، كالدرهَمِ ، والدينارِ . . ضمِنَ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ ليسَ بحِرزٍ لهُ ، وإِنْ كانَ ثقيلاً يُحِسُّ بهِ إِذا سقَطَ ، كالثوبِ ، وما أَشبهَهُ . . لَمْ يضمَنْ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ حرزٌ لهُ . وإِنْ تركَهُ في جيبهِ والفتحُ واسعٌ غيرُ مُزرَّرٍ[٢] . . ضمِنَهُ ؛ لأَنَّ اليدَ تنالُهُ .

فرعٌ : [شرط عليه وضع الوديعة في كمّه] :

وإِنْ دفعَ إِليهِ وديعةً ، وقالَ : ٱربُطْها في كُمِّكَ ، فتركَها في يدهِ . . فقدْ روىٰ المزنيُّ : (أَنَّهُ لا يضمَنُ) .

وقالَ في « الأُمِّ » : (إِذا قالَ : ٱحرزها في كُمِّكَ ، فأَحرزَها في يدهِ . . ضَمِنَها ، فإِنْ غُولِبَ عليها ، فأُخِذت مِنْ يدِهِ . . لَمْ يضمَنْ) .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : والربطُ هاهُنا : عبارةٌ عنِ الجَعلِ[٣] .

وٱختلفَ أَصحابُنا فيها علىٰ ثلاثةِ طرقٍ :

فـ [**الأول**] : منهمْ مَن قالَ : فيهِ قولانِ :

---

(١) في (م) : (العِلِّيةِ) ، **والغَلَق** : المغلاق القفل الذي يُحكم به إغلاق الباب .

(٢) في نسخة : (ضيق) .

(٣) **الجعل** : أي الوضع في المكان الآمن المطلوب .

أحدُهما : لا يضمَنُ ؛ لأنَّ اليدَ أحرزُ مِنَ الكُمِّ ؛ لأنَّ الطَّرّارَ[١] يمكنهُ أَنْ يَبُطَّ[٢] الكُمَّ ، ولا يمكنُهُ ذٰلكَ في الكفِّ .

والثاني : يضمَنُ ، لأنَّ الكُمَّ أحرزُ مِنَ اليدِ ؛ لأنَّهُ قدْ يسهو ، فيرسلُ يدَهُ ، فيَسقطُ مَا كانَ بِها ، وإذا تركَ شيئاً في الكُمِّ . . ثَقُلَ ، فإذا سقطَ . . أَحسَّ بهِ .

و[**الطريقُ الثاني**] : قالَ أَبو إِسحاقَ : ليستْ علىٰ قولينِ ، بلْ هي علىٰ حالينِ :

فحيثُ قالَ : (لا يضمَنُ) أَرادَ : إِذا ربَطها في الكُمِّ ، وقبضَ عليها بيدِهِ ؛ لأَنَّهُ زادَهُ خيراً .

وحيثُ قالَ : (يضمَنُ) أَرادَ : إِذا تركَها في يدِهِ مِنْ غيرِ أَنْ يربِطَها في الكُمِّ ؛ لأَنَّ الكُمَّ أَحرزُ .

وقالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : هيَ علىٰ حالينِ آخَرينِ :

فحيثُ قالَ : (لا يضمَنُ) أَرادَ : إِذا خافَ عليها في كُمِّهِ الاستلابَ[٣] ، فتركَها في يدهِ .

وحيثُ قالَ : (يضمَنُ) أَرادَ : إِذا تركَها في يدِهِ مِنْ غيرِ خوفٍ .

و[**الطريقُ الثالث**] : قالَ المسعوديُّ [في « الإبانةِ » (ق/٤٤٣)] : إِنْ كانَ تلفُها بانتزاعِ الغاصبِ مِنْ يدِهِ . . لَمْ يضمَنْ ؛ لأَنَّ الكفَّ أَحرزُ فِي هٰذهِ الحالةِ ، وإِنْ كانَ التلفُ بأَنْ نامَ ، أَو غفَلَ ، فأَرسلَ كفَّهُ ، فسَقطتْ . . ضمِنَ ؛ لأَنَّ الربطَ في الكُمِّ أَحرزُ في هٰذهِ الحالةِ .

وإِنْ أَودعَهُ وديعةً ، وقالَ : أَمسِكْها في يدكَ ، فرَبَطها في كُمِّهِ . . فعلىٰ الطريقةِ الأُولىٰ : يكونُ هاهنا علىٰ قولينِ ، وعلىٰ الطريقينِ الآخَرينِ : الكُمُّ أَحرزُ هاهنا .

---

(١) **الطَّرّار** : هو الذي يقطع النفقات ويأخذها علىٰ غفلة من أهلها ، **والطُّرَّة** : كفة الثوب ، وهي جانبه الذي لا هدب له .

(٢) **بطَّ يبطُّ** ـ من باب ردَّ ـ : شقَّ .

(٣) **الاستلاب** : الاختلاس ، ويقال : سلب الشيء من باب نصر .

وإنْ أمرَهُ أنْ يتركَها في كُمِّهِ ، فتركَها في جيبِهِ . . لَمْ يضمَنْ ؛ لأنَّهُ أحرزُ من الكُمِّ ، وإنْ أمرَهُ أنْ يتركَها في جيبِهِ ، فتركَها في كُمِّهِ . . ضمِنَ ؛ لأنَّ الكُمَّ دونَ الجيبِ في الحِرْزِ .

فرعٌ : [أودعهُ خاتِماً ليضعَهُ في خنصِره] :

وإنْ أودعَهُ خاتِماً ، وقالَ : ٱلبَسها في خِنْصِرِكَ ، فلبِسَها في البِنصِرِ ، وٱتَّسعَ الخاتِمُ للبنصرِ . . لم يضمَنْ ؛ لأنَّ الخاتِمَ فيها أحفظُ ، وإنْ لَمْ يتَّسعِ الخاتِمُ للبنصِرِ ، فٱنكسرَ . . ضَمِنَها ؛ لأنَّهُ تعدّىٰ بذلكَ ، وإنْ قالَ : ٱلبَسْها في البنصِرِ ، فلبِسَها في الخِنصِرِ . . ضَمِنها ؛ لأنَّ الخِنصِرَ أدَقُّ .

مسألةٌ : [أودعهُ وديعةً في السَّفَرِ] :

وإنْ أودعهُ وديعةً في السفرِ . . قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٤٤١] : فللمودَعِ أنْ يسافرَ بها ؛ لأنَّ الإيداعَ في السفرِ يقتضي السفرَ بها .

وإنْ أودَعَ حاضراً ، وأرادَ المودَعُ السفرَ ، فإنْ وجدَ المالكَ ، أو وكيلَهُ المطلَقَ أوِ المقيَّدَ بقبضِ ودائعِهِ . . ردَّها إليهِ ؛ لأنَّ الوديعةَ عقدٌ جائزٌ ، فكانَ لهُ فسخُها متىٰ شاءَ ، وإنْ لَمْ يكنِ المودِعُ ولا وكيلُهُ في البلدِ ، أو كانَ في البلدِ ، إلاَّ أنَّهُ لا يقدرُ علىٰ الوصولِ إليهِ ، بأنْ كانَ محبوساً ، وهناكَ حاكمٌ . . دفعَها المودَعُ إليهِ ، كمَا لو أرادتِ المرأةُ أنْ تتزوَّجَ ووليُّها غائبٌ ، فإنْ لَمْ يكنْ حاكمٌ في البلدِ . . دفعَها إلىٰ أمينٍ ؛ لِمَا رُويَ : (أنَّ النبيَّ ﷺ كانتْ عندَهُ ودائعُ بمكَّةَ ، فلمَّا أرادَ الهجرةَ . . أودعَها أُمَّ أيمنَ ، وخلَّفَ عليّاً رضيَ اللهُ عنهُ ليردَّها) . فإنْ دفعَها إلىٰ الحاكمِ ، أوِ الأمينِ معَ قدرتِهِ علىٰ المالكِ ، أو وكيلِهِ . . ضمِنَها ، كمَا لو زوَّجَ الحاكمُ المرأةَ معَ وجودِ وليِّها ، وفيهِ وجهٌ آخرُ : أنَّهُ لا يضمَنُ إذا دفعَها إلىٰ الحاكمِ ؛ لأنَّ الحاكمَ يقومُ مقامَ المالكِ ، ويدَهُ كيدِهِ . وليسَ بشيءٍ .

فإنْ دفعَها إلىٰ أمينٍ معَ وجودِ الحاكمِ . . فقدْ قالَ الشافعيُّ : (فإذا سافرَ بِها ، فأودعَها أميناً يودِعُهُ مالَهُ . . لَمْ يضمَنْ) . وٱختلفَ أصحابُنا فيهِ :

فقالَ أَبو إسحاقَ : لا يضمَنُ ؛ لأَنَّ الشافعيَّ لَمْ يفرِّقْ . وبهِ قالَ مالكٌ ، وأَبو حنيفةَ ، وٱختارَهُ الشيخُ أَبو حامدٍ ؛ لأَنَّهُ أَودعَها أَميناً لعذرِ السفرِ ، فهو كَما لو كانَ الحاكمُ معدوماً في البلدِ .

وقالَ أَبو سعيدٍ الإصطخريُّ ، وأَبو عليِّ بنُ خيرانَ : يجبُ عليهِ الضمانُ ؛ لأَنَّ الشافعيَّ قالَ في (الرهنِ) : (وإذا وضعَ الرهنَ علىٰ يدي عدلٍ ، ثُمَّ غابَ المتراهنانِ ، أَو أَحدُهما ، وأَرادَ العدلُ السفرَ . . دفعَهُ إلىٰ الحاكمِ) . فدَلَّ علىٰ : أَنَّ الدفعَ إلىٰ غيرِهِ لا يجوزُ ، ولأَنَّ أَمانَةَ الحاكمِ مقطوعٌ بِها ، وأَمانَةَ الأَمينِ مجتهَدٌ فيها ، فلَمْ يَجُزْ تركُ المقطوعِ بهِ إلىٰ المجتهَدِ فيهِ ، كمَا لا يجوزُ تركُ النصِّ إلىٰ القياسِ .

ومَنْ قالَ بالأَوّلِ . . حَمَل نصَّ الشافعيِّ في (الرهنِ) إذا تَشاحَّ المتراهنانِ في العدلِ . . فإنَّهما يَرفعانِهِ إلىٰ الحاكمِ ليضعَهُ عندَ عدلٍ .

وإنْ خالفَ ، وسافرَ بها ، فإنْ لَمْ يكنْ بهِ ضرورةٌ إلىٰ السفرِ . . ضمِنَها ، سواءٌ كانَ السفرُ طويلاً أَو قصيراً ، وسواءٌ كانَ الطريقُ آمناً أَو مَخُوفاً[1] .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إذا كانَ الطريقُ آمناً . . لَمْ يضمَنْ ، إلاَّ أَنْ يكونَ قدْ نهاهُ عَنِ السفرِ) . وبهِ قالَ بعضُ أَصحابنا ؛ لأَنَّهُ يكونُ كنقلِ الوديعةِ مِنْ محلَّةٍ في البلدِ إلىٰ محلَّةٍ فيها . وهٰذا غلَطٌ ؛ لأَنَّ أَمْنَ السفرِ غيرُ موثوقٍ بهِ ، فقدْ يحدثُ الخوفُ في الطريقِ ، بخلافِ محالِّ البلدِ .

وإنْ دعتْهُ إلىٰ السفرِ ضرورةٌ بأَنْ هجَمَ علىٰ البلدِ فتْنَةٌ ، أَو حريقٌ ، أَو غرقٌ ، ولَمْ يجدْ مَنْ يأمَنُ عليها مِنْ ذٰلكَ عندَهُ . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فلَهُ أَنْ يسافرَ بها ، ولا يضمَنُ وإنْ كانَ الطريقُ مَخُوفاً ؛ لأَنَّ هٰذا موضعُ ضرورةٍ ؛ لأَنَّهُ لا يتمكَّنُ مِنْ شيءٍ غيرِ ذٰلكَ .

وذكرَ الشيخُ أَبو إسحاقَ في « المهذَّبِ » [١/٣٦٣] : إذا أَرادَ السفرَ ولَمْ يجِدِ

---

(١) في نسختين : (خائفاً) . والتصويب من « المهذب » (١/ ٣٦٣) ، يقال : طريقٌ مَخُوفٌ ؛ لأنه لا يُخيف ، وإنما يخيف فيه قاطع الطريق .

المالكَ ، ولا وكيلَهُ ، ولا الحاكمَ ، ولا الأَمينَ . لزِمَهُ أَنْ يسافرَ بِها ؛ لأَنَّ السفرَ في هٰذهِ الحالِ أَحوطُ . ولعلَّهُ أَرادَ : إذا خافَ في البلدِ ، كما قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ .

فرعٌ : [نقلُ الوديعةِ] :

وإِنْ أُودِعَ وديعةً وهو في قريةٍ ، فٱنتقلَ منها إِلىٰ قريةٍ أُخرىٰ ، ونقلَ الوديعةَ معَهُ ، فإِنِ ٱتَّصلَ بناءُ إِحدىٰ القريتينِ بالأُخرىٰ . . نظرْتَ :

فإِنْ كانتِ القريةُ الثانيةُ مثلَ الأُولىٰ في الأَمْنِ ، أَو أَعلىٰ منها . . لَمْ يضمَنْ ، كمَا لو نقلَ الوديعةَ مِنْ بيتٍ في دارٍ إِلىٰ بيتٍ فيهِ مثلِهِ .

وإِنْ كانتِ الثانيةُ دونَ الأُولىٰ في الأَمْنِ . . ضمِنَها ؛ لأَنَّ الظاهرَ مِمَّنْ أَودعَ غيرَهُ وهوَ في قريةٍ أَو محلَّةٍ ، أَنَّهُ رضيَ بِها حِرزاً دونَ غيرِها .

وإِنْ كانتِ القريتانِ مُنفصلتينِ ، فإِنْ كانَ الطريقُ بينَهما مَخُوفاً ، أَوِ الثانيةُ دونَ الأُولىٰ في الأَمْنِ . . ضمِنَها المودَعُ ؛ لأَنَّهُ غرَّرَ بالوديعةِ ، وإِنْ كانَ الطريقُ آمِناً ، والثانيةُ كالأُولىٰ في الأَمْنِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يضمَنُ ، كمَا لو نقلَ الوديعةَ مِنْ دارٍ في البلدِ إِلىٰ دارٍ أُخرىٰ فيهِ .

والثاني : يضمَنُ ، **وهوَ المذهبُ** ؛ لأَنَّ أَمْنَ السفرِ غيرُ موثوقٍ بهِ .

فرعٌ : [دفنُ الوديعةِ] :

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ : (فإِنْ دفنَ الوديعةَ في منزلِهِ ، ولَمْ يُعلِمْ بِها أَحداً يأْتَمِنُهُ علىٰ مالِهِ ، ثُمَّ سافرَ ، فهلكتْ . . ضمِنَ) . وهٰذا كمَا قالَ : إِذا أَرادَ السفرَ ، فدفَنَ الوديعةَ ، فإِنْ دفنَها في برِّيَّةٍ . . ضمِنَها ؛ لأَنَّهُ عرَّضَها للهلاكِ ؛ لأَنَّ ما في البرِّيَّةِ غيرُ محفوظٍ ، وإِنْ دفنَها في منزلِهِ ، فإِنْ لَمْ يُعلِمْ بالوديعةِ أَحداً . . ضمِنَها ؛ لأَنَّهُ غرَّرَ بِها ؛ لأَنَّهُ لا يُؤمَنُ أَنْ يموتَ ، فتضيعَ الوديعةُ ، وربَّما حدثَ في الموضعِ حريقٌ ، أَو غرقٌ ، فتَهلِكَ الوديعةُ بذٰلكَ ، وإِنْ أَعلمَ بِها غيرَهُ . . نظرتَ :

فإِنْ أَعلمَ بِها فاسقاً . . ضمِنَها ؛ لأَنَّهُ زادَ في التغريرِ بِها .

وإنْ أعلمَ بها أَميناً ، فإنْ كانَ غيرَ ساكنٍ في تلكَ الدارِ . . ضمِنَها ؛ لأنَّهُ لَمْ يودِعْهُ ، إذ لَمْ يُقبِضْهُ إيّاها ، وإنْ كانَ ساكناً في تلكَ الدارِ ، ولَمْ يقدِرْ على المالكِ ، أَو وكيلِهِ ، أَو الحاكمِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَضمَنُ ؛ لأنَّ الشافعيَّ قالَ : (إنْ لَمْ يُعلِمْ بها أَحداً . . ضَمِنَ) . فدلَّ على : أَنَّهُ إذا أَعلمَ أَميناً . . لَمْ يضمَنْ ، ولأَنَّهُ يجوزُ لهُ إيداعُها عندَ أَمينٍ في هٰذهِ الحالةِ ، وهٰذا إيداعٌ .

والثاني : يضمَنُ ؛ لأَنَّ هٰذا إعلامٌ ، وليسَ بإيداعٍ ؛ لأَنَّ الإيداعَ هوَ : أَنْ يسلِّمَها إليهِ ، فتصيرَ مقبوضةً ، وهٰذا لَمْ يُقبِضْهُ إيّاها .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : **وهٰذا ضعيفٌ** ؛ لأَنَّهُ إنْ كانَ ساكناً في الموضعِ ، وأَعلمَهُ بالوديعةِ . . فقدْ أَودعَهُ إيّاها .

فرعٌ : [تركُ الوديعةِ في بيتِ المالِ] :

قالَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ في « الأُمِّ » : (إذا سافرَ المودَعُ ، فتركَ الوديعةَ في بيتِ المالِ . . ضمِنَ) . واختلفَ أَصحابُنا في تأويلِها :

فمنهم مَنْ قالَ : أَرادَ : إذا كانَ قادراً على المالكِ ، أَو وكيلهِ ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ لهُ إيداعُها معَ وجودِ أَحدِهما .

ومنهم مَنْ قالَ : أَرادَ : إذا لَمْ يقدرْ على المالكِ ، ولا وكيلهِ ، ولَمْ يودِعْها عندَ الإمامِ ، ولٰكنْ وضعَها في بيتِ المالِ ، فيضمَنُ ؛ لأَنَّهُ ما أَودَعَها عندَ أَحدٍ .

وأَيّهما أَرادَ الشافعيُّ رحمهُ اللهُ . . **فهوَ صحيحٌ في الفقهِ** .

مسأَلةٌ : [مَرَضُ المودَعِ كالسفرِ] :

وإنْ كانتْ عندَهُ وديعةٌ ، فمَرِضَ مرضاً خافَ على نفسهِ منهُ . . فهوَ كما لو أَرادَ السفرَ ؛ لأَنَّهُ لا يمكِنُهُ حفظُ الوديعةِ بنفسهِ معَ الموتِ ، فيجبُ عليهِ ردُّها إلى المالكِ ، أَو وكيلهِ إنْ وجدَهما ، فإنْ كانا غائبينِ . . فعليهِ أَنْ يُظهِرَ الوديعةَ ، وهوَ أَنْ يُشهِدَ

عليها ، أَو يسلِّمَها إِلىٰ الحاكمِ ، أَو إِلىٰ الأَمينِ ، فإِنْ سلَّمَها إِلىٰ الحاكمِ معَ وجودِ المالكِ ، أَو وكيلِهِ . . ضمِنَها ؛ لأَنَّهُ لا وِلايةَ لهُ عليهِ .

ومِنْ أَصحابِنا مَنْ قالَ : لا يضمَنُ ؛ لأَنَّ الحاكمَ يقومُ مقامَهُ ، ويدَهُ كيدِهِ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : **وهٰذا ضعيفٌ** ، فإِنْ لَمْ يُشهِدْ علىٰ الوديعةِ ، ولَمْ يوصِ بِها وماتَ . . ضمِنَها ؛ لأَنَّهُ غرَّرَ بِها ؛ لأَنَّ الظاهرَ مِمّا في يدِهِ أَنَّهُ مِلكُهُ .

وإِنْ ماتَ ، فوُجِدَ بخطِّهِ أَنَّ الكيسَ الفلانيَّ لفلانٍ ، أَو وُجِدَ علىٰ الكيسِ ٱسمُ رجلٍ . . لَمْ يحكمْ لهُ بهِ ؛ لأَنَّهُ قدْ يودِعُهُ غيرُهُ شيئاً ، ثُمَّ[1] يتملَّكُهُ ، أَو يشتري كيساً عليهِ ٱسمُ رجلٍ .

وإِنِ ٱدَّعىٰ رجلٌ أَنَّ هٰذهِ العينَ وديعةٌ لي أَودعتُها الميِّتَ ، وأَقامَ علىٰ ذٰلكَ شاهدينِ . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : حلفَ معَهما ، وحُكمَ لهُ بالوديعةِ .

وإِنْ قالَ : عندي لفلانٍ وديعةٌ ، ووصَفَها بصفةٍ ، أَو قامتْ بيِّنَةٌ بذٰلكَ ، أَو أَقرَّ الورثةُ بذٰلكَ ، فماتَ ولَمْ توجدْ تلكَ الوديعةُ . . فقدْ قالَ الشافعيُّ : (ضُمِنتْ في مالِ الميِّتِ ، ويُحاصُّ بِها الغرماءُ) . وٱختلفَ أَصحابُنا فيها علىٰ ثلاثةِ أَوجهٍ :

فـ [**الأول**] : قالَ أَبو إِسحاقَ : أَرادَ : إِذا قالَ ذٰلكَ عندَ الوفاةِ ، وقربِ الموتِ ؛ لأَنَّ الظاهرَ أَنَّهُ أَتلفَها ، فيكونُ قولُهُ : عندي ، عبارةً عَنْ قولِهِ : عليَّ ، فأَمَّا إِذا قالَ في صحَّتِهِ : أَودعَني فلانٌ وديعةً ، ووصفَها ، وماتَ ولَمْ توجدْ . . لَمْ يجبْ عليهِ الضمانُ ؛ لجوازِ أَنْ تكونَ تَلِفتْ بعدَ ذٰلكَ بغيرِ تفريطٍ ، ففُرِّقَ بينَ طولِ المدَّةِ ، وقصرِها .

و[**الوجهُ الثاني**] : منهم مَنْ قالَ : إِنْ ماتَ ، ووُجِدَ في مالِهِ مِنْ جنسِ تلكَ الوديعةِ ، وٱشتبَهَ مالُهُ بالوديعةِ . . فعليهِ الضمانُ ؛ لأَنَّهُ فرَّطَ ، إِذ لَمْ يبيِّنْها بياناً يزولُ بهِ الإِشكالُ ، وإِنْ لَمْ يكنْ في مالِهِ مِنْ جنسِ الوديعةِ . . لَمْ يجبْ عليهِ الضمانُ ؛ لجوازِ أَنْ تكونَ قدْ تَلِفتْ مِنْ غيرِ تفريطٍ .

---

(١) في نسخة : (لم) .

و[**الوجهُ الثالثُ**] : منهمْ مَنْ قالَ : لا يجبُ عليه الضمانُ ، **وهوَ المذهبُ** ؛ لأَنَّ الأَصلَ براءَةُ ذِمَّتِهِ مِنَ الضمانِ ، وحَمَلَ النصَّ عليهِ إِنْ عُرِفَ أَنَّ عندَهُ وديعةً ببيِّنَةٍ ، أَو إِقرارِ الورثةِ ، وماتَ ولَمْ يوصِ بها .

مسأَلةٌ : [إيداعُ الوديعةِ عندَ آخَرَ] :

إِذا أَودَعَ الوديعةَ عندَ غيرِهِ مِنْ غيرِ ضرورةٍ . . ضمِنَها ، سواءٌ أَودَعها الحاكمَ ، أَو زوجتَهُ ، أَو غلامَهُ .

وحكىٰ ٱبنُ الصبّاغِ وجهاً آخرَ : أَنَّهُ إِذا أَودَعها الحاكمَ معَ غيبةِ المالكِ ، أَو وكيلِهِ مِنْ غيرِ ضرورةٍ . . لَمْ يضمَنْ .

وقالَ أَبو العبّاس : إِنَّما يضمَنُها إِذا سلَّمَها إِلىٰ الذي أَودعَها إِيّاهُ لينفردَ بتدبيرِها ، فأَمَّا إِذا ٱستعانَ بهِ في سَلْتِها[1] ، أَو في إِغلاقِ البابِ ، أَو في فتحِهِ ، أَو في الإِتيانِ بها إِليهِ ، بحيثُ لا تغيبُ عَنْ نظَرِ[2] المُودَعِ . . فلا ضمانَ عليهِ ، وهٰذا كمَا نقولُ فيمنْ أُودِعُ بهيمةً . . فليسَ عليهِ أَنْ يعلِفَها ويسقيَها بنفسِهِ ، بَلْ إِذا تقدَّمَ بذٰلكَ إِلىٰ خادِمِهِ ، أَو سائسِهِ[3] . . جازَ ، ولا يضمَنُ . **هٰذا مذهبُنا** .

وقالَ مالكٌ : (إِنْ أَودعَها زوجتَهُ . . لَمْ يضمَنْ ، وإِنْ أَودَعَها غيرَها ، مِنْ عبدِهِ ، أَو غيرِهِ . . ضمِنَها) .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إِنْ أَودَعَها مَنْ يعُولُهُ ، وينفقُ عليهِ ، مثلَ زوجتِهِ ، أَو خادمِهِ ، أَو ٱمرأَةٍ في دارِهِ يعولُها . . فلا ضمانَ عليهِ) .

ودليلُنا : أَنَّهُ أَودَعَ الوديعةَ مَنْ لَمْ يأْتَمِنْهُ المودِعُ ، فضمِنَها ، كما لو أَودَعَها أَجنبيّاً .

فإِنْ هلكتِ الوديعةُ عندَ المُودَعِ الثاني مِنْ غيرِ تفريطٍ منهُ . . فللمالكِ أَنْ يُضمِّنَ مَنْ شاءَ منهما ؛ لأَنَّهما متعدِّيانِ ، فإِنْ ضمَّنَها للمودَعِ الثاني . . نظرتَ في الثاني :

---

(١) سَلْتِها ـ سلته سلتاً ـ : سلَّهُ وسحَبَه . وفي (م) : (إشالتها) من باب ـ شال يده ـ : إذا رفعها .
(٢) في (م) : (بصر) .
(٣) السائس : رائض الدواب ومدربها وراعي شؤونها ، يجمع علىٰ : سوَّاس .

فإنْ عَلِمَ الحالَ . . لَمْ يَرجِعْ بما ضمِنَهُ علىٰ الأَوَّلِ ؛ لأنَّهُ رضيَ بوجوبِ الضمانِ علىٰ نفسهِ .

وإنْ لَمْ يَعلَمْ . . فهلْ لهُ أَنْ يَرجِعَ علىٰ الأَوَّلِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَرجِعُ ؛ لأَنَّها هلكتْ عندَهُ ، فٱستقرَّ الضمانُ عليهِ .

والثاني : يَرجِعُ عليهِ ؛ لأَنَّهُ غرَّهُ ، ولَمْ يدخلْ معَهُ ليضمَنَ ، وإِنَّما دخلَ معَهُ علىٰ أَنَّها أَمانةٌ .

وإنْ رجعَ المالكُ علىٰ المَودَعِ الأَوَّلِ ، فإنْ كانَ الثاني قدْ علمَ أَنَّها وديعةٌ أُودِعتْ عندَهُ مِنْ غيرِ ضرورةٍ . . رجعَ الأَوَّلُ عليهِ ؛ لأنَّ الثانيَ رضيَ بوجوبِ الضمانِ عليهِ ، وقدَ وجِدَ الهلاكُ في يدِهِ ، فٱستقرَّ الضمانُ عليهِ ، وإنْ لَمْ يَعلمْ بالحالِ . . فهلْ للأَوَّلِ أَنْ يَرجِعَ عليهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَرجِعُ عليهِ ؛ لأَنَّ الهلاكَ كانَ في يدِهِ .

والثاني : لا يَرجِعُ عليهِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يدخلْ معَهُ علىٰ أَنْ يكونَ ضامِناً .

مسأَلةٌ : [خلطَ مالَ الوديعةِ بمالِهِ] :

إذا أَودعَهُ دراهمَ ، فخلطَها معَ دنانيرَ . . قالَ الشافعيُّ : (لا يضمَنُ ؛ لأَنَّهما لا يختلطانِ ، إلاَّ أَنْ ينصَحَ[1] الدراهمَ ، فيلزمَهُ أَرشُ النقصِ ، كمَا لو أَخذَ جُزءاً مِنَ الدراهمِ ، فيلزمُهُ ضمانُ ما أَخذَ دونَ الباقي) .

وإنْ خلَطها بدراهمَ لهُ ، أَو أَودعَهُ شيئاً مِنْ ذواتِ الأَمثالِ ، فخلطَهُ بمثلِهِ مِنْ مالِهِ . . لزِمَهُ الضمانُ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ .

وقالَ مالكٌ : (لا يلزمُهُ الضمانُ ؛ لأَنَّهُ خلطَهُ بمثلِهِ) . وهٰذا غلطٌ ؛ لأَنَّهُ خلطَهُ بِمَا لا يتميَّزُ عنهُ مِنْ مالِهِ بغيرِ إِذنِ المالكِ ، فلزمَهُ الضمانُ ، كمَا لو خلطَها بأَردأَ مِنها .

---

(١) **ينصَح** ـ من باب قطع ـ : إذا خلت دراهمه من الغش ، ومنه التوبة النصوح : الخالصة الصادقة .

وإنْ خلَطها بمثلِها مِنْ مالِ المودِعِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يضمَنُ ؛ لأَنَّ الجميعَ لهُ .

والثاني : يضمَنُ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يرضَ بٱختلاطِهما .

فرعٌ : [أَعطاهُ دراهمَ ليحفظَها في محفظتهِ] :

وإنْ قالَ : أَودَعتُكَ هٰذهِ الدراهمَ لتحفظَها في خَريطتِكَ(١) هٰذهِ ، فنقلَها المودَعُ إلىٰ خَريطةٍ غيرِها ، فإنْ كانتِ الثانيةُ دونَ الأُولىٰ في الحِرزِ . . ضَمِنَها ، وإنْ كانتْ مِثلَها ، أَو أَحرزَ مِنها . . لَمْ يضمَنْ ، كما قُلنا في البيتِ ، وإنْ أَودعَهُ دراهمَ في خَريطةٍ للمودِعِ ، فنقلَها المودَعُ إلىٰ خَريطةٍ أُخرىٰ ، فإنْ كانتِ الخَريطةُ مختومةً ، أَو مشدودَةً ، فحلَّ ختمَها ، أَو حلَّ شدَّها . . ضَمِنَها ؛ لأَنَّهُ تعدَّىٰ بحلِّ الخَتمِ والشدِّ ، وإنْ كانتْ غيرَ مختومةٍ ، ولا مشدودةٍ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٤٤٢ ـ ٤٤٣] :

أَحدُهما : يَضمَنُ ، ولَمْ يذكرِ الشيخُ أَبو حامدٍ غيرَهُ ؛ لأَنَّهُ ليسَ لهُ تفتيشُ(٢) الوديعةِ مِنْ غيرِ حاجةٍ ، فصارَ كمَا لو نَقضَ الخَتمَ .

والثاني : لا يضمَنُ ؛ لأَنَّهُ أَودعهُ خَريطةً ودراهمَ ، فكانَ لهُ أَنْ يحفظَ كلَّ واحدٍ منهُما في بيتٍ ، كما لو أَودعهُ خَريطتينِ .

فرعٌ : [أَودعهُ دراهمَ في كيس] :

وإنْ أَودعهُ عشَرةَ دراهمَ في كيسٍ مشدودٍ ، أَو مختومٍ ، فحلَّ الخَتمَ أَوِ الشدَّ ، أَو خرقَ موضعاً مِنَ الكيسِ تحتَ الشدِّ . . ضَمِنَ الكيسَ وما فيهِ وإنْ لَمْ يأخذْ منهُ شيئاً ؛ لأَنَّهُ قدْ تعدّىٰ بهتْكِ الحِرزِ ، وإنْ خرقَ ما فوقَ الشدِّ مِنَ الكيسِ . . لَمْ يَلزَمْهُ الضمانُ في الدراهمِ ؛ لأَنَّ حِرزَها ما تحتَ الشدِّ ، ولٰكنْ يَلزمُهُ ضمانُ أَرشِ الكيسِ بالخَرقِ .

---

(١) **الخريطة** : كيس من جلد وخِرق يشدّ على ما فيه .

(٢) في (م) : (نقض) ، والمثبت من نسخة و « الإبانة » .

وإنْ أَودعَهُ الدراهمَ في شيءٍ مكشوفٍ ، فأخذَ المودَعُ مِنها درهماً مِنْ غيرِ أَنْ يحصُلَ منهُ تَعدٍّ في الباقي . . فإنَّهُ يضمَنُ الدرهَمَ ؛ لأَنَّهُ تعدّىٰ بأخذِهِ ، فإنْ لَمْ ينفِقْهُ ، بَلْ ردَّهُ بعينِهِ علىٰ الدراهمِ ، فإنْ كانَ ذٰلكَ الدرهمُ متميِّزاً عَنْ باقي الدراهمِ . . لزِمَهُ ضمانُهُ ، ولا يَلزمُهُ ضمانُ الباقي ؛ لأَنَّهُ إنَّما تعدّىٰ به دونَ غيرِهِ ، وإنْ كانَ غيرَ متميِّزٍ عَنْ باقي الدراهمِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما ـ وهوَ المنصوصُ ـ : (أَنَّهُ لا يَضمَنُ إلاَّ ذٰلكَ الدرهَمَ) ؛ لأَنَّهُ لَمْ يوجدْ منهُ فعلٌ فيمَا عداهُ .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/٤٤٣] : **فعلىٰ هٰذا** : يضمَنُ عُشرَ الدراهمِ .

والثاني ـ وهوَ قولُ الرَّبيعِ ـ : أَنَّهُ يَضمَنُ الجميعَ ؛ لأَنَّهُ خلَطَ المضمُونَ بغيرِهِ ، ولَمْ يتميَّزْ ، فضَمِنَ الجميعَ .

وإنْ أَنفقَ الدرهمَ ، وردَّ بدلَهُ إلىٰ الدراهمِ ، فإنْ كانَ المردودُ متميِّزاً عَنِ الباقي . . لَمْ يضمَنْ باقيَ الدراهمِ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَتعدَّ بِها ، وإنْ لَمْ يتميَّزِ المخلوطُ عَنْ باقي الدارهمِ . . ضَمِنَ جميعَ الدراهمِ ، خلافاً لمالكٍ ، وقدْ مضىٰ .

ودليلُنا : أَنَّهُ خلَطَ مالَهُ بمالِ المودِعِ ، ولَمْ يتميَّزا ، فضَمِنَهُ .

مَسأَلَةٌ : [النفقةُ على البهيمةِ المودعةِ] :

إذا أَودعهُ بهيمةً ، أَو غيرَها مِنَ الحَيَوانِ . . ففيها ثلاثُ مسائلَ :

إحداهُنَّ : أَنْ يأمرَهُ بعلفِها وسقيِها ، فيجبُ على المودَعِ أَنْ يعلِفَها ويَسقيَها ؛ لأَنَّ للبهيمةِ حُرمَتينِ : حرمةً بنفسِها ، بدليلِ : أَنَّ مَن ملكَ بهيمةً . . يجبُ عليهِ علْفُها وسقيُها ، وحرمةً لمالِكها ، وقدِ اجتمعتا . فإذا علَفَها وسقاها . . رجعَ علىٰ المالكِ بما أَنفقَ عليها ؛ لأَنَّهُ أَخرجَها بإذنِهِ ، فإنِ اختلفَا في قدرِ النفقةِ ، فإنِ ادّعىٰ المودَعُ أَنَّهُ أَنفقَ أَكثرَ مِنْ قدرِ النفقَةِ بالمعروفِ . . لَمْ يَرجِعْ بالزيادَةِ ؛ لأَنَّهُ متطوِّعٌ بهِ . وإنِ ادّعىٰ المودَعُ النفقةَ بالمعروفِ ، وادّعىٰ المالكُ أَنَّهُ أَنفقَ دونَ ذٰلكَ . . فالقولُ قولُ المودَعِ معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّهُ أَمينٌ ، فقُبِلَ قولُهُ في ذٰلكَ معَ يمينِهِ . وإنِ اختلفا في قدْرِ المُدَّةِ التي أَنفقَ فيها . .

فالقولُ قولُ المالكِ معَ يمينِهِ في قدْرِها ؛ لأنَّ المودَعَ يمكِنُهُ إقامةُ البيِّنَةِ عليها .

المسألَةُ الثانيةُ : أَنْ يودِعَهُ إيّاها ، ولَمْ يأمرْهُ بالعلْفِ والسقيِ ، ولا نهاهُ عَنْ ذٰلك ، فيَلزَمُ المودَعَ أَنْ يَعلِفَها ويَسقيَها .

وقالَ أبو حنيفةَ : (لا يَلزَمُهُ ذٰلكَ) .

دليلُنا : أَنَّ للبهيمةِ المُودَعَةِ حُرمةً لِمالِكها ، وحرمةً بنفسِها ، بدليلِ ما رُويَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « ٱطَّلَعْتُ عَلىٰ ٱلنَّارِ لَيْلةَ عُرِجَ بِي إِلىٰ ٱلسَّمَاءِ ، فَرَأَيْتُ ٱمْرَأَةً تُعذَّبُ ، فَقُلتُ : مَا بَالُهَا ؟ فَقِيْلَ : إِنَّهَا رَبطَتْ هِرَّةً لَها ، فَلَمْ تُطْعِمْهَا ، وَلَمْ تَسْقِهَا ، وَلَمْ تَدَعْهَا تَأْكُلُ مِنْ خِشَاشِ ٱلأَرْضِ ، فهيَ تُعذَّبُ لأَجلِ ذٰلكَ »[1] . فإذا سكَتَ المودِعُ . . لَمْ يَسقُطْ بذٰلكَ حقُّ البهيمةِ .

إذا ثبتَ هٰذَا : فإنَّ المودَعَ يَرفعُ الأَمرَ إِلىٰ الحاكمِ ، ثُمَّ يَنظرُ الحاكمُ الحظَّ لصاحبِها ، فإنْ أَرادَ[2] أَنْ يبيعَها كلَّها ، ويحفظَ ثمنَها لصاحِبها . . فعلَ ، وإنْ أَرادَ أَنْ يبيعَ جزءاً مِنها للإنفاقِ علىٰ باقيها ، أَو يؤجرَها وينفقَ الأُجرةَ عليها . . فعلَ ، وإنْ رأىٰ أَنْ يَقترِضَ علىٰ المالكِ مِنَ المودَعِ ، أَو مِنْ غيرِه . . فَعلَ ، فإنِ ٱقترضَ مِنْ غيرِ المودَعِ ، وأَمرَ المودَعَ بإنفاقِ ذٰلكَ . . جازَ ، وإنِ ٱقترضَ مِنَ المودَعِ ، فقبَضَهُ منهُ ، ثُمَّ ردَّهُ إليهِ ، وأَمرَهُ بإنفاقِ ذٰلكَ . . جازَ ، وإنْ أَمرَهُ بالإنفاقِ عليها قَرْضاً علىٰ المالكِ . . فهلْ يجوزُ ذٰلكَ ؟ فيهِ وجهانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في نفقةِ الحَمّال في الإجارةِ ، فإذا قلنا : يجوز . . فهلْ يقدِّرُ لهُ الحاكمُ قدرَ النفقةِ ، أَو يكِلُهُ إلىٰ ٱجتهادِهِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما ٱبنُ الصبّاغِ .

وإنْ أَنفقَ عليها المودَعُ مِنْ غيرِ إِذنِ الحاكمِ ، فإنْ كانَ قادراً على الحاكمِ . . لَمْ يَرجعْ بما أَنفقَ ؛ لأَنَّهُ متطوِّعٌ ، وإنْ لَمْ يَقدِرْ علىٰ الحاكمِ ، فإنْ لَمْ ينوِ الرجوعَ ، ولَمْ يُشهِدْ . . لَمْ يَرْجِعْ ؛ لأَنَّ الظاهرَ أَنَّهُ متطوِّعٌ ، وإنْ أَشهدَ علىٰ الإنفاقِ ليَرجعَ ـ قالَ ٱبنُ

---

(١) أخرجه عن ابن عمر البخاري (٢٣٦٥) في المساقاة ، ومسلم (٢٢٤٢) في السلام ، بلفظ : « عذبت امرأة في هرة حبستها » ، و : « دخلت امرأة النار في هرة ربطتها » .

(٢) في (م) : (رأى) في الموضعين .

الصبّاغِ : أَو نوىٰ الرجوعَ ـ فهلْ لهُ أَنْ يَرجِعَ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَرجِعُ ؛ لأَنَّهُ موضعُ ضرورةٍ .

والثاني : لا يَرجِعُ ؛ لأَنَّهُ لا ولايةَ لهُ عليهِ .

ولعلَّ ٱبنَ الصبّاغِ أَقامَ نيَّةَ الرجوعِ مَقامَ الإشهادِ عندَ تعذُّرِ الإشهادِ .

قالَ أَبو إِسحاقَ المَروزيُّ : فإذا قُلنا : لهُ أَنْ يَرجِعَ بما أَنفقَ بنفسهِ . . فلَهُ أَنْ يبيعَ البهيمةَ ويحفظَ ثمنَها لمالِكِها ، أَو يبيعَ جُزءاً مِنها ، أَو يؤجِرَها مِمَّا يَرىٰ المصلحةَ في ذٰلكَ ؛ لأَنَّا قدْ أَقمناهُ مَقامَ الحاكمِ في ذٰلِكَ .

فإنِ ٱختلَفا في قدْرِ النَفَقةِ ، أَو في قدْرِ المدَّةِ . . فالحُكمُ فيها كالحكْمِ في المسأَلةِ قبلَها ، فإنْ تركَ المُودَعُ النفقةَ علىٰ البهيمةِ في هاتين المسأَلتيْنِ حتّىٰ تَلِفتْ . . نظرتَ :

فإنْ تَركَ علْفَها وسقْيَها مدَّةً الغالبُ أَنَّ البهيمةَ تموتُ فيهَا مِنْ عدمِ العلْفِ والسقْيِ . . وَجبَ عليهِ ضَمانُها ؛ لأَنَّ الظاهِرَ أَنّها ماتَتْ مِنَ الجوعِ والعَطَشِ .

وإنْ تركَها مدَّةً قريبَةً الغالبُ أَنَّها لا تموتُ فيها مِنْ تركِ العلْفِ والسقْيِ . . لَمْ يجبْ عليهِ ضمانُها ؛ لأَنَّ الظاهرَ أَنَّها لَمْ تمتْ مِنْ منعِ العلْفِ والسقْيِ فيها .

وإنْ أَودعهُ بهيمةً جائعةً ، ولم يَعلَمْ بهَا المودَعُ ، فأَخَّر علْفَها وسقْيَها مدَّةً لا يموتُ مِثلُها مِنْ منعِ العلْفِ والسقْيِ ، فماتَتْ ، ولوْلا الجوعُ السابقُ لَمْ تَمُتْ . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٤٤٢] :

أَحدُهما : يجبُ عليهِ الضمانُ ؛ لأَنَّها ماتتْ بإجاعَتِهِ لها ، فصارَ كما لو لَمْ تكنْ جائعةً .

والثاني : لا يجبُ عليهِ الضمانُ ؛ لأَنَّها ماتَتْ بالجوعِ السابقِ ، وتأخيرُهُ لا حُكمَ لهُ بٱنفرادِهِ .

المسأَلة الثالثةُ : إذا أَودعهُ بهيمةً ، وقالَ لهُ : لا تَعلِفْها ولا تَسقِها . . **فلا خِلافَ علىٰ المذهَبِ** : أَنَّهُ يجبُ عليهِ علْفُها وسقْيُها ؛ لأَنَّ للبهيمةِ حُرمَتَيْنِ : حُرمةً لمالِكِها ، وحرمةً لهَا بنفسِها علىٰ ما مضىٰ ، فإذا أَسقَطَ المالكُ حقَّهُ . . بقيَ حقُّ البهيمةِ .

فعلىٰ هٰذا : الحكمُ في الإنفاقِ عليها والرُّجوعِ حكمُ المودِعِ إذا لَمْ يأمرْهُ ولَمْ ينْهَهُ ،

فإنْ تركَ المودَعُ علْفَها وسقْيَها مدَّةً تموتُ فيها في الغالبِ مِنْ عدمِ العلْفِ والسقيِ . . أَثِمَ المودِعُ والمودَعُ ؛ لِمَا ذكرناهُ ، وهلْ يجبُ علىٰ المودَعِ ضمانُها ؟ فيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ أَبو سعيدٍ الإِصطخريُّ : يلزمُهُ الضمانُ ؛ لأَنَّهُ مَنْهِيٌّ عَنْ تَرْكِ العلْفِ والسقْيِ لحقِّ اللهِ تعالىٰ ، فإذا تركَهُما ، فتلِفَتْ بذٰلِكَ . . لزِمَهُ الضمانُ .

و **[الثاني]** : قالَ أَبو العبّاسِ : لا يَلزمُهُ الضمانُ . **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ ضمانَ القيمةِ يجبُ للمالكِ ، وقد أَذِنَ بما يوجبُ التلفَ ، فلَمْ تجبْ لهُ القيمةُ ، كمَا لوْ قالَ : اَقتُلْ عبدِي ، فقتلَهُ ، أَوِ اَحبِسْهُ عَنِ الطعامِ والشرابِ إِلىٰ أَنْ يموتَ ، فَفَعَلَ إِلىٰ أَنْ ماتَ . . فلا يجبُ عليهِ القيمةُ .

إذا ثبَتَ ما ذكَرْناهُ ـ مِنْ وجوبِ العلْفِ في هٰذهِ المسائلِ ـ : فإِنْ عَلَفَها المودَعُ ، وسقَاهَا بنفسهِ في منزلِهِ . . فهوَ النهايةُ في الاحتِفاظِ ، وإِنْ أَمرَ بذٰلكَ خادِمَهُ أَو غيرَهُ . . جازَ ، ولا ضمانَ عليه . واَختلفَ أَصحابُنا في تعليلِهِ :

فقالَ أَكثرُهُمْ : لأَنَّ العادةَ جَرتْ في علْفِ البهائِمِ وسقْيِها هٰكذَا .

وقالَ أَبو العبّاسِ : لأَنَّهُ لَمْ يُخرِجْها مِنْ يدِهِ ونَظَرِهِ ، وإِنَّما اَستَعَانَ بغيرِهِ ، كمَا قالَ : إِذا اَستعانَ بزوجَتِهِ ، أَو خادِمِهِ علىٰ حفْظِ الوديعةِ . . فَلا ضمانَ عليهِ .

وإِنْ عَلَفَها ، أَو سقَاها خارجَ المنزلِ ، فإِنْ كانَ المنزلُ ضيِّقاً لا يتمكَّنُ مِنَ العَلْفِ فيهِ والسقْيِ . . جازَ ، ولا ضمانَ عليهِ ؛ لأَنَّهُ موضِعُ ضَرورَةٍ ، وإِنْ كانَ يُمكِنُهُ أَنْ يفعَلَ[1] ذٰلِكَ في منزِلِهِ . . قالَ الشافعيُّ : (فعليهِ الضمانُ) . واَخْتَلَفَ أَصحابُنا فيه :

فقالَ أَبو إِسحاقَ : إِنْ كانَ خارجُ المنزِلِ آمناً . . فلا ضمانَ عليهِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ يجرِي مَجرىٰ منزلِهِ ، وقد جَرتِ العادَةُ بعلْفِ البهائِمِ والسقْيِ خارجَ المنزلِ إذا كانَ آمِناً ، وحَمَلَ النصَّ عليهِ إِذا كانَ خارجُ المنزلِ مَخُوفاً .

وقالَ أَبو سعيدٍ الإِصطخريُّ : يجبُ عليهِ الضمانُ بكلِّ حالٍ ؛ لأَنَّهُ أَخرجَ الوديعَةَ مِنْ حِرزِها لغيرِ عُذرٍ ، فلزِمَهُ الضمانُ .

---

(١) في (م) : (يصلح) .

قال الشيخُ أبو حامدٍ : **والمذهبُ الأوّلُ** ؛ لأنَّ خارجَ المنزلِ حِرزٌ ، كالمنزلِ ، فهوَ كمَا لو نَقلَ الوديعةَ مِنْ بيتٍ إِلىٰ بيتٍ .

مسألةٌ : [إخراجُ الوديعةِ مِنَ الحِرزِ بغيرِ إذنِ المالكِ] :

إذا أخرجَ المودَعُ الوديعةَ مِنْ حِرزِها بغيرِ إذنِ مالِكها . . نظرتَ :

فإنْ أخرجَها لمصلحتِها ، بأنْ دعَتِ الحاجةُ إلىٰ تجفيفِ الثيابِ في الشمسِ أوِ الرياحِ ، أو تقليبِ الكتُبِ . . لَمْ يَضمنْها بذلكَ ؛ لأنَّ ذلك واجبٌ عليهِ .

وإنْ أخرجَ الوديعةَ لينتفِعَ بها . . ضمِنَها بنفسِ الإخراجِ وإنْ لَمْ ينتفِعْ بها .

وقالَ أبو حنيفةَ : (لا يَضمنُها ما لمْ يَنتفِعْ بها) .

دليلُنا : أنّهُ تناولَ الوديعةَ لمنفعةِ نفسِهِ بغيرِ إذنِ مالِكها ، فَضَمِنَها ، كما لوِ انتفعَ بها .

وإنْ نوىٰ أنْ يُخرِجَ الوديعةَ لينتفِعَ بها ، أو نوىٰ أنْ لا يردَّها علىٰ مالِكِها . . ففيهِ ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدُها ـ وهو المذهبُ ـ : أنّهُ لا يَضمَنُها بذلكَ ؛ لأنّهُ لَمْ يوجدْ منهُ فِعلٌ فيها علىٰ وجهِ التعدِّي ، فلَمْ يَضمَنْها ، كمَا لو نوىٰ أنْ يغصِبَ مالَ غيرِهِ .

والثاني ـ ويُحكىٰ عنْ أبي العبّاسِ ـ : أنّهُ يضمَنُها بمجرَّدِ النيّةِ ، كمَا يضمَنُ اللُّقَطَةَ إذَا نوىٰ تملُّكَها .

والثالثُ ـ حكاهُ في « المهذّبِ » عنِ القاضي أبي حامدٍ ـ : إنْ نوىٰ أنْ لا يردَّها . . ضمِنَها بمجرَّدِ النيّةِ ؛ لأنّهُ صارَ مُمسِكاً لها علىٰ نفسِهِ ، وإنْ نوىٰ أنْ ينتفِعَ بها . . لَمْ يَضمنْها بمجرَّدِ النيّةِ ؛ لأنّهُ لا يصيرُ مُمسِكاً لها بذلك علىٰ نفسِهِ .

ولا يجوزُ للمودَعِ أنْ يَقترِضَ الوديعَةَ .

وقالَ مالكٌ : (يجوزُ لهُ أنْ يقترِضَها ؛ لأنَّ كونَها في ذمّتِهِ أحفَظُ للمالكِ) .

دليلُنا : قولُهُ ﷺ : « لاَ يَحِلُّ مَالُ ٱمْرِىءٍ مُسْلِمٍ إلاَّ بِطيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ » .

فإنْ كانَ عندهُ وديعةٌ ، وخافَ عليهَا التغيُّرَ ، ولَمْ يجدْ صاحبَها ولا وكيلَهُ . . فهلْ يجوزُ لهُ أَنْ يبيعَها ويحفظَ ثمنَها ، أو يُقرِضَها غيرَهُ ؟ فيهِ وجهانِ خُراسانيّانِ .

فرعٌ : [زوالُ الضمانِ عَنِ المودَعِ] :

إذا تعدّىٰ المودَعُ في الوديعةِ . . لزِمَهُ ضمانُها ، ولا يَبرأُ مِنَ الضمانِ إلاَّ بتسليمِها إلىٰ المودِعِ ، أو إلىٰ وَكيلِهِ .

وقالَ مالكٌ ، وأَبو حنيفةَ : (إذا ردَّها إلىٰ حِرزِها . . زالَ عنهُ الضمانُ) .

دليلُنا : قولُهُ ﷺ : « عَلَىٰ ٱلْيَدِ مَا أَخذَتْ حتّىٰ يُؤَدِّيَهُ » . ولأنّها وديعةٌ مضمونةٌ ، فلَمْ يَزُلْ عنهُ الضمانُ بفعلِهِ ، كما لو جَحَدَ الوديعةَ ، ثُمَّ ٱعترفَ بها ، أَو مَنَعَها ، ثُمَّ بَذَلَها .

فإنْ قالَ المالكُ : أَودعتُكَها ، مِنْ غيرِ أَنْ يُقبِضَها ، أَو قالَ : أَبرأْتُكَ مِنَ الضمانِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يزولُ عنهُ الضمانُ ؛ لأَنَّ الضمانَ لحقِّ المالِكِ ، وقد أَسقطَ حقَّهُ .

والثاني : لا يزولُ عنهُ الضمانُ ، **وهو المذهَبُ** ؛ لأَنَّ الإبراءَ إنَّما يكونُ مِنْ حقٍّ في الذمَّةِ ، ولا حقَّ لهُ في ذمَّتهِ .

مسأَلةٌ : [الإكراهُ علىٰ أَخذِ الوديعةِ] :

قالَ الشافعيُّ : (وإنْ أَكرهَهُ رجلٌ علىٰ أَخذِها . . لَمْ يضمَنْ) . وٱختلفَ أَصحابُنا في صورةِ هٰذه المسأَلَةِ :

فمنهمْ مَنْ قالَ : صورتُها : هوَ أَنْ يُكرِهَ رجلٌ المالكَ[1] علىٰ أَخذِها ، فأَخذَها ، فلا يضمَنُها إذا تلِفَتْ ؛ لأَنَّهُ لو تسلَّمَها بٱختيارِهِ لا يضمَنُ ، فبأَنْ لا يضمَنَها إذَا أَخذَها مُكرَهاً أَولىٰ .

---

(١) في نسخة : (يكره المالكُ رجلاً) .

ومنهم منْ قالَ : صورتُها : أَنْ يُكرِهَ أجنبيٌّ المودَعَ علىٰ أَخذِها منْهُ ، **وهٰذا هوَ الصحيحُ** .

فعلىٰ هٰذا : يُنظَرُ في الذي أَكرهَهُ :

فإنْ كانَ يَقدِرُ علىٰ دفْعِهِ . . لزِمَهُ دفعُهُ عنها ، فإذا لَمْ يَفعلْ . . لزِمَهُ الضمانُ ؛ لأنَّ معنىٰ قولِهِ : (أَودعتكَها) أَي : ٱستحفَظتُكَها ، وعليهِ أَنْ يحفَظَها ما أَمكنَهُ ، فإذا لَمْ يَفعلْ . . لزِمَهُ الضمانُ .

وإنْ كان الذي أَكرهَهُ لايَقدِرُ علىٰ دَفْعِهِ ، ويخافُ علىٰ نفسِهِ منهُ . . لَمْ يَلزمْهُ دفعُهُ ، ثُمَّ يُنظَرُ :

فإنْ أَخذَها المُكرِهُ بنفسِهِ مِنْ غيرِ مُباشرةٍ مِنَ المودَعِ في دَفْعِها . . لَمْ يَلزَمْهُ الضمانُ .

وإنْ أَكرهَهُ حَتَّىٰ سلَّمَها بيدِهِ إليهِ . . فهلْ يجبُ علىٰ المودَعِ الضمانُ ؟ فيهِ قولانِ ، بناءً علىٰ القولينِ فيمنْ أُكرِهَ ، فأَكلَ وهوَ صائمٌ ، أَو حَلَفَ لا يَدخُلُ داراً ، فأُكرِهَ حتّىٰ دخَلَها بنفسِهِ .

مسأَلةٌ : [ردُّ الوديعةِ بِطلَبِ المالكِ] :

وإذا طالبَ المودِعُ[1] بردِّ الوديعةِ . . وجبَ علىٰ المودَعِ الردُّ ؛ لقولِهِ تعالىٰ : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ﴾ [النساء : ٥٨] ، وقولِهِ تعالىٰ : ﴿ فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَـٰنَتَهُۥ ﴾ [البقرة : ٢٨٣] ، ولقولِهِ ﷺ : « علىٰ ٱلْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتّىٰ تُؤَدِّيَهُ » . فإنْ أَخَّرَ ردَّهَا مِنْ غيرِ عُذرٍ . . ضَمِنَها ، وإنْ أَخَّرَ ردَّهَا لعذرٍ . . لَمْ يَضمَنْها .

قالَ في « الفروعِ » : وليسَ علىٰ المودَعِ إيصالُها إلىٰ المالِكِ ، بَلْ عليهِ التخليَةُ بينَهُ وبينَها لا غيرَ ، والأَخذُ علىٰ المالكِ . وإنْ طالبَ المودَعُ المالكَ بأَخذِ وديعَتِهِ . . وَجَبَ علىٰ المالكِ أَخذُها ؛ لأَنَّ قَبولَ الوديعَةِ ليسَ بواجبٍ عليهِ ، فكذٰلكَ ٱستدامَةُ حِفظِها .

---

(١) في (م) : (المالك) .

مسألةٌ : [إنكارُ الوديعةِ] :

وإنِ ٱدَّعىٰ علىٰ رجلٍ أَنَّهُ أودعَهُ وديعةً معلومةً ، فقالَ المدَّعىٰ عليهِ : مَا أَودعتَني ، ولا بيِّنَةَ للمُدَّعِي . . فالقولُ قولُ المدَّعىٰ عليهِ معَ يمينِهِ ؛ لقولِهِ ﷺ : « ٱلْبيِّنَةُ علىٰ المدَّعِي ، وَٱلْيَمِيْنُ عَلىٰ ٱلمدَّعىٰ عَلَيْهِ » . ولأَنَّ الأَصلَ عدمُ الإيداعِ .

فرعٌ : [الاختلافُ في تَلفِ الوديعةِ وسببهِ] :

وإنْ أَمَرَهُ بحفظِ الوديعةِ في مكانٍ ، فنقلَها عنهُ ، فتلِفَتْ ، فقالَ المودَعُ : نقلتُها خشيةَ سيلٍ[1] ، أَو حريقٍ ، أَو نهبِ عسكرٍ ، وأَنكرَهُ المالِكُ . . لَمْ يُقبلْ قولُ المودَعِ حتَّىٰ يُقيمَ البيِّنَةَ علىٰ وجودِ ذٰلكَ السببِ ؛ لأَنَّهُ لا يتعذَّرُ عليهِ إقامةُ البيِّنَةِ عليهِ ، فإنْ كانَ قدْ صدَّقَهُ المالكُ علىٰ تَلفِها . . فلا كَلامَ ، وإنِ ٱدَّعىٰ المالكُ أَنَّها لَمْ تَتلفْ . . فالقولُ قولُ المودَعِ معَ يمينِهِ : أَنَّها تلِفَتْ ؛ لأَنَّهُ يَتعذَّرُ عليهِ إقامَةُ البيِّنةِ علىٰ التلفِ ، فقُبلَ قولهُ فيهِ معَ اليمينِ . وإنِ ٱدَّعىٰ المودَعُ أَنَّ الوديعةَ قد تَلِفتْ ، فأَنكرَ المودِعُ ، فإنِ ٱدَّعىٰ تَلَفَها بسببٍ ظاهرٍ ، كالسَّيلِ ، والعسكرِ ، والنَّهبِ ، والحريقِ . . لَمْ يُقبَلْ قولُهُ حتَّىٰ يُقيمَ البيِّنَةَ علىٰ وجودِ ذٰلكَ السببِ ؛ لأَنَّهُ يُمكِنُهُ إقامةُ البيِّنةِ عليهِ ، فإنْ شَهِدَتْ بالسببِ وبالتلَفِ . . فلا كلامَ ، وإنْ شَهِدتِ البيِّنةُ بالسببِ الظاهرِ ، ولَمْ تَشهَدْ بالتلَفِ . . فالقولُ قولُ المودَعِ مع يمينهِ : أَنَّها تلِفَتْ بذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ يتعذَّرُ إقامةُ البيِّنَةِ علىٰ تَلَفِها . وإنِ ٱدَّعىٰ تلَفَها بسببٍ غيرِ ظاهرٍ ، بأَنْ قالَ : سُرِقَتْ ، أَو ضَاعَتْ . . فالقولُ قولُهُ معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّهُ أَمينٌ ، فقُبِلَ قولُهُ معَ اليمينِ . وهٰذا كما نقولُ فيمنْ قالَ لامرأَتِهِ : إنْ وَلَدْتِ . . فأَنتِ طالِقٌ ، فٱدَّعتْ أَنَّها وَلَدَتْ . . لَمْ يُقبَلْ قولُها مِنْ غيرِ بيِّنةٍ ، ولو قالَ : إذا حِضْتِ . . فأَنتِ طالقٌ ، فٱدَّعتْ أَنَّها حاضَتْ . . قُبِلَ قولُها معَ يمينِها ؛ لِمَا ذكرناهُ مِنَ الفَرقِ .

---

(١) **السيل** : ماء المطر الكثير الجاري علىٰ سطح الأرض ، يجمع علىٰ : سيول . والمسيل : المجرى .

مسألةٌ : [إنكارُ ردِّ الوديعةِ] :

وإنِ ٱدَّعىٰ المودَعُ أَنَّهُ ردَّ الوديعةَ علىٰ المالكِ ، وأنكرَ المالكُ ، ولا بيِّنةَ علىٰ الردِّ . . فالقولُ قولُ المودَعِ معَ يَمينِهِ ؛ لأنَّهُ مؤتَمَنٌ علىٰ حفظِ الوديعةِ لمالِكِها ، ولاحظَّ للمودَعِ فيها ، فقُبِلَ قولُهُ في ردِّها ، بخلافِ ما لوِ ٱدَّعىٰ المرتَهِنُ ردَّ الرهنِ . . فإنَّهُ لا يُقْبَلُ قولُهُ ؛ لأنَّهُ قَبَضَ الرهنَ لحظِّ نَفسِهِ وهوَ الاستيثاقُ لِحقِّهِ . وإنْ قالَ المودَعُ للمالِكِ : أَمَرتَني بدفعِ الوديعةِ إلىٰ فلانٍ ، فدفَعْتُها إليهِ ، فقالَ المالِكُ : أَمرتُكَ بدفِعها إليهِ ، إلاَّ أنَّكَ لَمْ تدفَعْها إليهِ . . فلا يُقبَلُ قولُ المودَعِ في الدفعِ إليهِ .

وقالَ أبو حنيفةَ : (يُقبَلُ قولُهُ في الدفعِ إليهِ ، كما لوِ ٱدَّعىٰ دَفْعَها إلىٰ مالكِها) .

دليلُنا : أنَّهُ ٱدَّعىٰ دَفْعَ الوديعةِ إلىٰ مَنْ لَمْ يأْتَمِنْهُ عليْها ، فلَمْ يُقبَلْ قولُهُ في الدفعِ إليهِ ، كالوصيِّ إذا ٱدَّعىٰ دفْعَ المالِ إلىٰ اليتيمِ .

فإنْ قالَ المودَعُ : أَحلِفُوا ليَ المالكَ : أنَّهُ لا يَعلَمُ أنِّي دفَعْتُها إلىٰ الذي أَمرَني بالدفعِ إليهِ . . نُظِرَ فيهِ :

فإنْ كانَ قد أَمَرَهُ أَنْ يقضيَ بالوديعةِ دَيناً علىٰ المالكِ ، ولَمْ يُشهِدِ المودَعُ علىٰ الدفعِ . . لَمْ يَلزَمِ المالكَ أَنْ يَحلِفَ ، ولَزِمَ المودَعَ الضمانُ ، سواءٌ صدَّقهُ المالكُ علىٰ الدفعِ أَو لَمْ يصدِّقْهُ ؛ لأنَّهُ إنَّما أَمَرهُ بدَفْعٍ يبرِّئُهُ ، وهوَ لا يبرِّئُهُ إلاَّ معَ الإشهادِ ، فإذا دَفَعَ مِنْ غيرِ إشهادٍ . . لَزِمَهُ الضمانُ ، وإنْ كانَ قد أَمَرهُ أَنْ يدفَعَ الوديعةَ إلىٰ الثاني وديعةً . . فهلْ يَلزَمُ المالكَ أَنْ يَحلِفَ ؟ فيهِ وجهانِ ، بناءً علىٰ الوجهينِ في أنَّهُ هلْ يَلزَمُ الوكيلَ الإشهادُ علىٰ الإيداعِ ؟

فإنْ قُلنا : لا يَلزَمُهُ . . لَزِمَ المالكَ أَنْ يَحلِفَ ها هُنا .

وإنْ قُلنا : يَلزَمُهُ الإشهادُ . . لَمْ يَلزَمِ المالكَ أَنْ يَحلِفَ ها هُنا .

وإنْ أنكرَ المالِكُ الإذنَ . . فالقولُ قولُهُ معَ يمينِهِ ؛ لأنَّ الأَصلَ عدمُ الإذنِ ، ثُمَّ يُنظَرُ في المدفوعِ إليهِ ، فإنْ أنكرَ القبضَ . . فالقولُ قولُهُ معَ يمينِهِ ؛ لأنَّ الأَصلَ عدمُ القبضِ ، ويَستقرُّ الضمانُ علىٰ المودَعِ .

وإنْ أقرَّ المدفوعُ إليهِ[1] بالقبضِ ، وكانَ حاضراً . . نظرتَ :

فإنْ كانَ دفعَها وديعةً ، وكانتْ باقيةً في يدِ الثاني . . أخذَها المالكُ .

وإنْ كانَ دفعَها عَنْ دينٍ للثاني على المالكِ . . انتُزعَتْ مِنْ يدِ الثاني ؛ لأنَّ قولَ المودَعِ غيرُ مقبولٍ على المالكِ ، ولهُ أنْ يقضيَ ما عليهِ مِنَ الدَّينِ مِنْ أيِّ جهةٍ شاءَ ، وإنْ كانتْ تالفةً . . فللمالكِ أنْ يُضمِّنَ أيَّهما شاءَ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهُما قد وُجِدَ منهُ التعدِّي بها ، وأيَّهما رَجعَ عليهِ . . لَمْ يكُنْ للمرْجوعِ عليهِ أنْ يَرجِعَ على الآخَرِ بمَا ضَمِنَهُ ؛ لأنَّهُ رُجوعٌ على غيرِ مَنْ ظَلمَهُ . وإنْ كانَ الثاني غائباً . . رَجعَ المالكُ على الأوَّلِ ؛ لأنَّهُ لا يَجِدُ مَنْ يَرجِعُ عليهِ غيرَهُ ، فإذا رجعَ الغائبُ ، فإنْ كانتِ الوديعةُ باقيةً . . أخذَها الأوَّلُ ، وردَّها على المالكِ ، واسترجَعَ ما دفعَ ، وإنْ كانتْ تالفةً . . فقدِ استقرَّ عليهِ الضمانُ ، فلا يَرجِعُ على الثاني بشيءٍ ؛ لأنَّهُ رُجوعٌ على غيرِ مَنْ ظلمَهُ .

فرعٌ : [تصديقُ المودَعِ البيِّنةَ على الوديعةِ] :

وإنِ ادَّعى عليهِ أنَّهُ أودعَهُ ، فقالَ : مَا أودعتَني ، فأقامَ المدَّعِي البيِّنةَ بالإيداعِ ، فقالَ المودَعُ : صدَّقتُ البيِّنةَ ، أودعَني ، ولـٰكنَّها تلِفَتْ مِنْ غيرِ تفريطٍ ، أو رَددتُها . . لَمْ يُقبَلْ قولُهُ ؛ لأنَّهُ صارَ خائناً ، ضامناً ، فإنْ أقامَ البيِّنةَ على التلفِ ، أوِ الردِّ . . ففيهِ وجهانِ :

أحدُهما : يزولُ عنهُ الضمانُ ، كمَا لو صدَّقَهُ المدَّعِي على ذٰلكَ .

والثاني : لا يزولُ عنهُ الضمانُ ؛ لأنَّهُ كذَّبَ بيِّنتَهُ بإنكارِهِ الإيداعَ .

وإنْ قالَ عندَ الإنكارِ : ما لَكَ عندي ، أو لا تَستحِقُّ عليَّ شيئاً . . صحَّ الجوابُ ، فإنْ أقامَ المدَّعِي بيِّنةً على الإيداعِ ، فقالَ المودَعُ : صدَّقْتُ البيِّنَةَ ، لٰكنَّها تلِفَتْ ، أو ردَدْتُها . . قُبِلَ قولُهُ معَ يمينِهِ ، وإنْ أقامَ البيِّنةَ على ذٰلكَ . . سُمِعَتْ ، وَجهاً واحِداً . والفرْقُ بينَهما : أنَّ قولَهُ : ما لَكَ عندي شيءٌ ، لا يكذِّبُ إنكارَهُ ولا بيِّنَتَهُ ؛ لأنَّها إذا تلِفَتْ بغيرِ تَفريطٍ ، أو ردَّها عليهِ . . فلا شيءَ لهُ عليهِ .

---

(١) في (م) : (المودَع) .

فرعٌ : [ادِّعاءُ ٱثنينِ علىٰ آخر وديعةً] :

وإنْ كانتْ في يدِ رَجُلٍ عينٌ فٱدَّعاها عليهِ رجُلانِ أنَّها وديعةٌ لهُما ، وكُلُّ واحدٍ منهُما ٱدَّعىٰ جميعَها ، ولا بيِّنةَ لهُما . . نظرتَ :

فإنْ أنكرَهُما . . حَلَفَ لكلِّ واحدٍ منهُما يميناً ، وإنْ أقرَّ بها لأحَدِهما بعينِهِ . . سُلِّمَتْ إلىٰ المُقَرِّ لهُ ، وهلْ يجبُ علىٰ المقِرِّ أنْ يحلِفَ للمدَّعي الثاني ؟ فيهِ وجهانِ(١) ، بناءً علىٰ منْ كانَ بيدهِ دارٌ ، فقالَ : هيَ لزيدٍ ، لا بَلْ هيَ لعَمرٍو . . فإنَّها تُسلَّمُ لزيدٍ ، وهلْ يَغرَمُ لعَمرٍو شيئاً ؟ فيهِ قولان .

فإنْ قُلنَا : لا يَغرَمُ لعَمرٍو . . لَمْ يَحلِفْ للثاني ؛ لأنَّهُ لو أقرَّ لهُ . . لَمْ يَغرَمْ لهُ شيْئاً .

وإنْ قُلنا : يَلزَمُهُ الغُرمُ لعمرٍو . . لَزِمَهُ أَنْ يَحلِفَ هاهُنا للثاني ؛ لجوازِ أَنْ يَنكُلَ عَنِ اليمينِ ، فيُقِرَّ لهُ ، فيغرَمَ .

فإذَا قُلنَا بهٰذا . . نَظرتَ :

فإنْ حلفَ للثاني . . ٱنصرَفَ عنهُ ، ولهُ أَنْ يدَّعيَ بعينِهِ علىٰ المُقَرِّ لَهُ بكلِّ حالٍ ، وإنْ أقرَّ بها المُقِرُّ للثاني . . لزِمَهُ أَنْ يغرَمَ لهُ قيمتَها .

وإنْ نكلَ المُقِرُّ عَنِ اليمينِ للثاني . . رُدَّتِ اليمينُ علىٰ الثاني ، فإنْ نكَلَ عَنِ اليمينِ . . ٱنقطعَ حقُّهُ عَنِ المُقِرِّ ، وإنْ حَلَفَ . . قالَ المَحامِليُّ : فإنْ قُلنا : إنَّ يمينَ المدَّعي معَ نُكولِ المدَّعىٰ عليهِ تَحُلُّ مَحَلَّ البيِّنَةِ . . سُلِّمَتِ العينُ إلىٰ الثاني . قالَ : **ولٰكنَّهُ ضعيفٌ** ، فلا تَفريعَ عليهِ ، وإنْ قُلنا : تَحُلُّ مَحَلَّ الإقْرارِ . . قالَ أَبو العبّاسِ : ففيهِ ثَلاثةُ أَوجُهٍ :

أَحدُها : تُوقَفُ العينُ لَهما ، إلىٰ أَنْ يَصطَلِحا عليها ؛ لأَنَّ حُكمَ الثاني قدْ قَوِيَ بيمينِهِ .

والثاني : تُقسَمُ بينهُما ، كمَا لو أَقرَّ لهُما بِهَا دَفعةً واحدَةً .

---

(١) في (م) : (قولان) .

والثالثُ : تُقَرُّ العينُ في يدِ الأَوّلِ ؛ لأَنَّ مِلْكَهُ قدِ ٱستقَرَّ ، ويَغرَمُ المُقِرُّ للثاني القيمةَ ؛ لأَنَّهُ حالَ بينَهُ وبينَ حقِّهِ بإقرارِهِ الأَوَّلِ .

وإِنْ قالَ المدَّعىٰ عليهِ : هيَ لكما . . قُسِمتْ بينَهما نِصفينِ ، وكانَ الحُكمُ في النِّصفِ الآخَرِ حُكمَ ما لو أَقرَّ بها لأَحدِهِما .

وإِنْ قالَ : هيَ لأَحدِكما ، ولا أَدري مَنْ هوَ منكما . . قالَ الشافعيُّ : (قيلَ لهُما : أَتدَّعِيانِ عيناً غيرَ هٰذهِ العينِ ؟ فإِنْ قالا : لا . . قيلَ لهُما : أَتدَّعيانِ علمَهُ مَنِ المالكُ مِنكما ؟ فإِنْ قالا : لا . . فلا يمينَ علىٰ المودَعِ ؛ لأَنَّهما ٱعترفا بجهلِهِ للمالِكِ) . وماذا يُصنَعُ بالعينِ ؟ فيهِ قولانِ :

أَحدُهُما : تُنقَلُ مِنَ المقِرِّ إِلىٰ عدلٍ يَنْصِبُهُ الحاكمُ ؛ لأَنَّهُ قدْ أَقرَّ : أَنَّهُ ليسَ بمالِكٍ لها ، وأَنَّها لأَحدِهِما ، ولا يمكنُ دفعُها إِليهِما ، ولا إِلىٰ أَحدِهِما ، ولا تُقَرُّ في يدِهِ ؛ لأَنَّ مالِكَها لَمْ يرضَ بأَنْ تبقىٰ عندَهُ .

والثاني : تبقىٰ في يدِهِ أَمانةً ؛ لأَنَّهُ لا مَعنىً لانتزاعِها مِنْ هٰذا العدلِ ، ووضعِها عندَ عدلٍ آخَرَ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : قولُ الشافعيِّ رحمه الله : (قيلَ لَهما : أَتدَّعِيانِ غيرَ هٰذه العينِ) لا معنىٰ لهُ[1] ؛ لأَنَّهُ قدْ عُرِفَ ذٰلِكَ بأَصلِ الدعوىٰ ، فإِنِ ٱدَّعيا أَنَّهُ يَعلَمُ المالكَ منهُما . . فالقولُ قولُهُ معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّهُ أَعلمُ بنفسِهِ . فإِنْ عُرِضَتْ عليهِ اليمينُ ، وٱختارَ أَنْ يَحلِفَ . . حَلَفَ لهُما يميناً واحدةً .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يَحلِفُ لهُما يمينينِ) .

دليلُنا : أَنَّهُ يَحلِفُ علىٰ جَهالتهِ للمالكِ ، فإِذا ثَبتَ جهلُهُ في أَحدِهِما . . ثبَتَ في حقِّ الآخَرِ ، إِذْ ليسَ يَحلِفُ علىٰ نفيِ مِلكٍ بعينهِ ، فإِذا حَلَفَ لهُما . . كانَ الحُكمُ في العينِ علىٰ قولينِ ، كما لوِ ٱعترفا بجهلهِ للمالكِ ، وإِنْ نَكَلَ عن اليمينِ . . رُدَّتِ اليمينُ عليهِما ، فإِنْ حَلَفا . . ففيهِ قولانِ :

---

(١) بل له معنىً ، إذ يفيد التأكيد ، والبناء عليه ؛ لأنه أصل في الدعوى .

أَحدُهما : تُوقَفُ العينُ لهُما إلىٰ أَنْ يَصطَلِحا .

والثاني : تُقسَمُ بينَهما .

وإِنْ حَلَفَ أَحدُهما ، ونَكَل الآخَرُ . . قُضيَ لهُ بها ، كما لو أَقرَّ لهُ بها . هٰذا نقلُ الشيخِ أَبي حامدٍ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانةِ » ق/ ٤٤٢] : إذا حلَفَ : أَنَّهُ لا يَعلَمُ المالكَ منهما . . بَرِيءَ ، فإِنْ حَلَفا . . قُسِمتِ الوديعةُ بينَهما ، وأَخذَ كلُّ واحدٍ منهما معَ نِصفِ الوديعةِ نِصفَ قيمةِ الوديعةِ مِنَ المودَعِ ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهما قدْ أَثبتَ بيمينهِ جميعَ العينِ لهُ ، ولَمْ يَصِلْ إليهِ إلاَّ نِصفُها ، فوجَبَ تمليكُها بالقيمةِ .

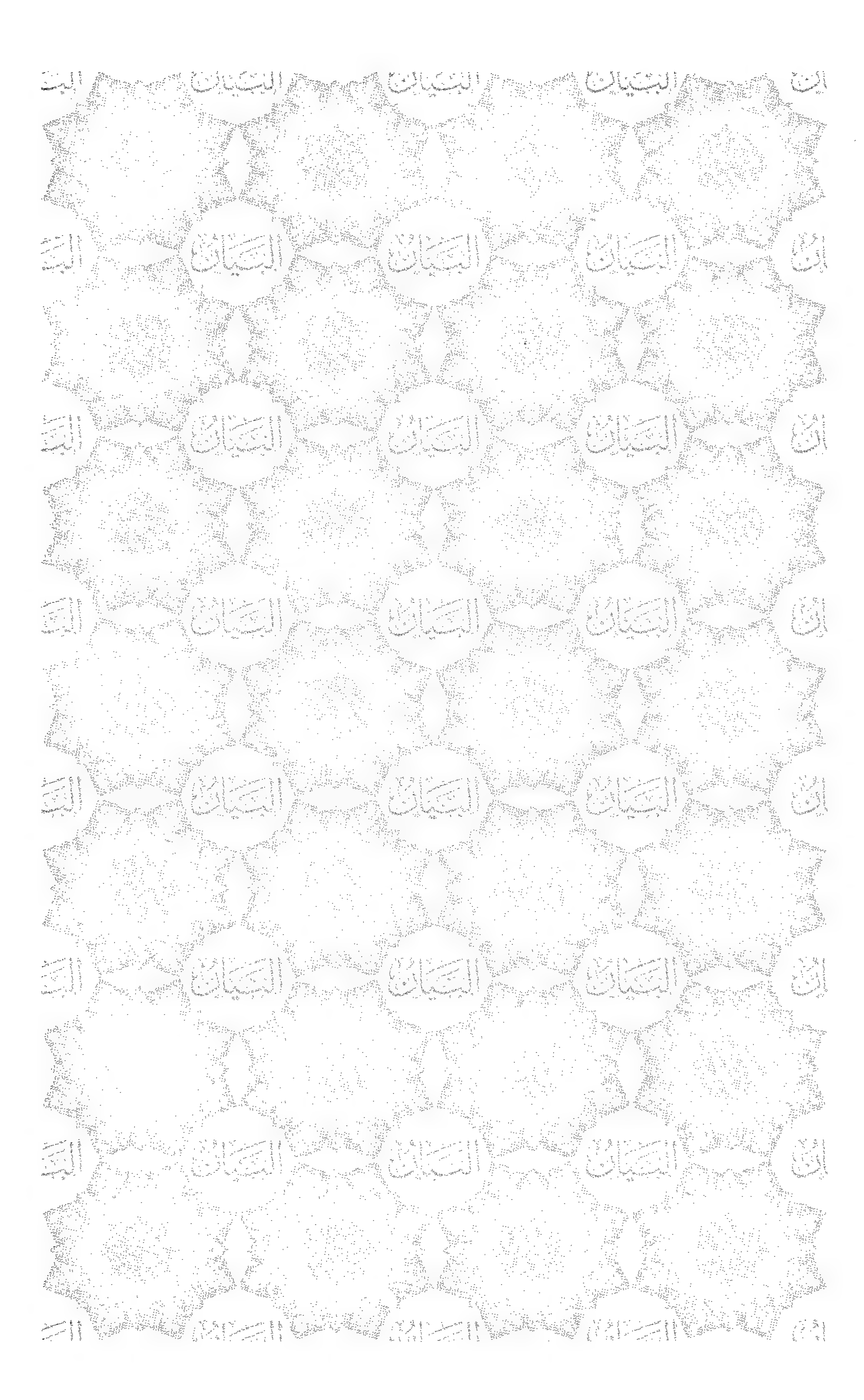
وأَمَّا إِذَا قالَ : غَصَبتُ هٰذهِ العينَ مِنْ أَحدِكما ، وَلا أَدري مَنْ غصبتُها منهُ . . فلا بُدَّ أَنْ يحلِفَ لكلِّ واحدٍ منهُما يميناً علىٰ القطعِ : أَنَّهُ لَمْ يَغصِبْها منهُ ، فإذا حلَفَ لأَحدِهما . . تعيَّنَ المغصوبُ للثاني ، ولا يحلِفُ لهُ ، حكاهُ المسعوديُّ [في « الإبانةِ » ق/ ٤٤٣] .

وباللهِ التوفيقُ

* * *



كتاب العارية



كتاب العارية(١)

العاريَّةُ : إِباحةُ الانتفاعِ بعينٍ مِنَ الأَعيانِ . قالَ أبنُ الصبّاغِ : وهي مشتقّةٌ مِنْ عارَ الشيءُ : إِذا ذهبَ ، ومنهُ قيلَ للغلامِ البطّالِ : عيّارٌ .

والأَصلُ في ثُبوتِها : الكتابُ ، والسنّةُ ، والإِجماعُ ، والقياسُ .

---

(١) **العاريَّة** ـ مشددة الياء على المشهور ، وحكى الخطابي في « غريب الحديث » وغيره من العلماء تخفيفها ، وتجمع على : العواريّ ، بالتشديد والتخفيف ـ : لغة هي اسم لما يُعار ، وكأنها منسوبة إلى العار ؛ لأن طلبها عار وعيب . قال الشاعر :

إنمــا أنفسنــا عــاريــة والعــواريُّ قصــارى أن تُــرَدْ

والعارة مثل العارية ، قال ابن مقبل :

فــأَخلِــفْ وأَتلِــفْ إنمــا المــال عــارة وكُلْــهُ مــع الــدهــر الــذي هــو آكلــهْ

وقد قيل : مستعار بمعنى : متعاوَر ، أي : متداول بالأيدي ، وفي الحديث : « فتعاوروه بأيديهم » ، أي : تناولوه وتداولوه . ويقال : عارَ الفرس : انفلت وذهب هاهنا وهاهنا منه مرحه ونشاطه ، ومنه قول الطِرِمَّاح :

أحـق الخيـل بـالـركـضِ المُعـار

قال الأزهري في « الزاهر » (ص/٣٣٨) : مأخوذة من عارَ الشيء يعير : إذا ذهب وجاء ، ومنه قيل للغلام الخفيف : عيَّارٌ ؛ لخفته في كثرةِ ذهابه ومجيئه فيها ، ونسبت إلى العارة ، وهو اسم من قولك : أعرته المتاع إعارة وعارةً ، والعارَة : الاسم ، والإعارة : المصدر الحقيقي . ويقال : استعرت منه الشيء ، فأعارنيه .

والعاريَّة شرعاً : إباحة الانتفاع بما يحلّ مع بقاء العين بغير عوض ، وهي عقد إرفاق وتعاون بين الناس وللإحسان إليهم ، فلذلك كانت قُربةً يثاب عليها . قال الماوردي في « الحاوي » (٨/ ٣٩٠) : كانت واجبة في أول الإسلام ، ثم نسخ وجوبها ، فصارت مستحبَّة .

وأركانها أربعة : معير ، ومستعير ، ومعار ، وصيغة .

أَمَّا الكتابُ : فقولهُ تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ [المائدة : ٢] . وفي العاريَّةِ إعانةٌ .

وقولُهُ تعالىٰ : ﴿ فَوَيْلٌ لِّلْمُصَلِّينَ ۝ ٱلَّذِينَ هُمْ عَن صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ ۝ ٱلَّذِينَ هُمْ يُرَآءُونَ ۝ وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ﴾ [الماعون : ٤ـ٧] . قالَ ٱبنُ مسعودٍ : (الماعونُ : إعارةُ الدَّلوِ ، والقِدْرِ ، والميزانِ)[١] . ورُوي عَنْ عليٍّ ، وٱبنِ عُمرَ : (أَنَّ الماعونَ الزكاةُ)[٢] .

وأَمَّا السنَّةُ : فَروىٰ أَبو أُمامةَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « إنَّ الله تعالىٰ أَعْطَىٰ كُلَّ ذِيْ حَقٍّ حَقَّهُ ، وَلاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ ، وَٱلْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ ، وٱلمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ ، وَٱلزَّعِيمُ غَارِمٌ »[٣] .

وروىٰ أَبو هُريرةَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَا مِنْ صَاحِبِ إِبلٍ وَلاَ بَقَرٍ لَمْ يُؤَدِّ حَقَّهَا ، إِلاَّ بُطِحَ لَهَا يَوْمَ ٱلْقِيَامَةِ بِقَاعٍ قَرْقَرٍ ـ ورُوِيَ : قَرِقٍ ـ تَطؤُهُ بأَظْلاَفِهَا ، وَتَنْطَحُهُ بِقُرُوْنِهَا ، كلَّمَا فَنِيَ أُوْلاهَا . . عَادَتْ إِليهِ أُخْرَاها » . فقيلَ : يا رسولَ اللهِ ، وَمَا حَقُّها ؟ قالَ : « إِعَارَةُ دَلْوِهَا ، وِمِنْحَةُ لَبَنِهَا يَوْمَ وِرْدِهَا ، وإِطْرَاقُ فَحْلِهَا » . والقَرِقُ : المستوي . قالَ الشاعرُ :

---

(١) أخرجه عن ابن مسعود أبو داود (١٦٥٧) في الزكاة ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٦/ ٨٨) في العارية ، بلفظ : (كنا نعدُّ الماعون على عهد رسول الله ﷺ عاريةَ الدلو والقدر) . قال الحافظ ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٦٦) : بإسناد صحيح ، وذكره عنه بلفظه في « التفسير » (٤/ ٥٥٥) ، ونسبه لابن أبي حاتم .

(٢) أورده عن علي القرطبي في « جامع أحكام القرآن » (٢٠/ ٢١٣) ، وابن كثير في « التفسير » (٤/ ٥٥٥) .

(٣) أخرجه بألفاظ متقاربة عن أبي أمامة الطيالسي في « المسند » (١١٢٨) ، وأبو داود (٣٥٦٥) ، والترمذي (١٢٦٥) في البيوع ، وابن ماجه (٢٣٩٨) في الصدقات ، وابن حبان في « الإحسان » (٥٠٩٤) في العارية بإسناد قوي . قال الترمذي : حديث حسن غريب ، وقد روي من غير هذا الوجه . وفي الباب :

عن أنس رواه ابن ماجه (٢٣٩٩) في الصدقات . قال البوصيري في « الزوائد » : صحيح .

كَـأَنَّ أَيــدِيَهُــنَّ بِــالقَــاعِ القَـرِقْ أَيـدِي جَـوارٍ يتعـاطَيْـنَ الـوَرِقْ[١]

و(القَرْقَرُ) : مِثْلُهُ .

ورُوِيَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ ٱستعارَ مِنْ صَفوانَ بنِ أُمَيَّةَ يومَ حُنينٍ أَدْراعاً ، فقالَ : أَغَصْباً يا مُحَمَّدُ ؟ فقالَ : « بَل عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ »[٢] .

وأَجمعَ المسلمونَ علىٰ جوازِ العاريَةِ[٣] .

وأَمَّا القياسُ : فلأَنَّهُ لمَّا جازَ هِبَةُ الأَعيانِ . . جازَ هِبةُ منافِعِها .

مسأَلَةٌ : [شرطُ أَهليَّةِ الإعارةِ] :

ولا تَصِحُّ الإِعارةُ إِلاَّ مِنْ جائزِ التصرُّفِ في المالِ ، كما لا تَصِحُّ هبةُ الأَعيانِ إِلاَّ مِنْ جائزِ التصرُّفِ في المالِ ، ولا تَصِحُّ العاريَّةُ إِلاَّ في كلِّ عينٍ يُنتَفَعُ بها معَ بقاءِ عينِها ، كالدُّورِ ، والأَرضِ ، والفَحلِ للضِّرابِ ، والسلاحِ ، وما أَشبهَ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ الخبَرَ وردَ

---

(١) البيت من بحر الرجز لرؤبة في « الديوان » (ص/ ١٧٩) ، وابن جني في « الخصائص » (١/ ٣٠٦) ، وابن فارس في « معجم مقاييس اللغة » (ص/ ٨٨٢) ، و« لسان العرب » : (قرق) . **القرق** : القاع الأملس .

(٢) أخرجه عن صفوان بن أمية أحمد في « المسند » (٣/ ٤٠١) و(٦/ ٤٦٥) ، وأبو داود (٣٥٦٢) في البيوع ، والنسائي في « الكبرى » (٥٧٧٦ و ٥٧٧٧) ، والدارقطني في « السنن » (٣/ ٣٩) ، والحاكم في « المستدرك » (٢/ ٤٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٦/ ٨٩) في العارية . قال المحقق ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٢/ ٦٧) : وله طرق من وجوه يشدُّ بعضها بعضاً . وقد روي عن جابر ، وابن عباس ، وهو من الأحاديث المشهورات الحسان . قال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٣/ ٦٠) : زاد ابن حزم : إن أحسن ما فيها حديث يعلى بن أمية . وعن يعلى بن أمية رواه أبو داود (٣٥٦٦) بلفظ : « إذا أتتك رسلي . . فأعطهم ثلاثين » ، وفيه : أعارية مضمونة ، أو عارية مؤداة ، قال : « بل مؤداة » .

(٣) قال ابن المنذر في « الإجماع » (٥٦٧) وما بعده : أجمعوا علىٰ أن المستعير لا يملك بالعارية الشيء المستعار ، وعلى أن له أن يستعمل الشيء المستعار فيما أُذن له فيه ، وعلىٰ أن المستعير إذا أتلف الشيء المستعار . . أنَّ عليه ضمانه .

قال في « رحمة الأمة » (ص/ ٣٢٧) : اتفق الأئمة علىٰ أن العارية قربة مندوب إليها ، ويثاب عليها .

بِإعارةِ الدَّلوِ ، والفَحلِ ، والدُّروعِ ، وهٰذهِ الأَشياءُ يمكنُ الانتفاعُ بها معَ بقاءِ أَعيانِها ، وقِسنا عليها أَمثالَها .

وهلْ تَصِحُّ إِعارةُ الدراهمِ والدنانيرِ ليُجمِّلَ بها الدُّكانَ ؟ فيهِ وجهانِ ، بناءً علىٰ جوازِ إِجارتِها لذٰلكَ .

وفي جوازِ إِعارةِ ذواتِ الأَمثالِ ، كالطعامِ ، والدُّهنِ ، وما أَشبهَهُ لغيرِ إِتلافِها وجهانِ .

فأَمَّا ما لا يُنتفَعُ بهِ إِلاَّ بالإِتلافِ لعينهِ ، كٱستعارةِ الهَريسِ ، والعَصيدِ للأَكلِ . . فلا يجوزُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ لا يمكنُ الانتفاعُ بهِ إِلاَّ بإِتلافِ عينهِ في الحالِ ، وذٰلكَ خارجٌ عَنْ مقتضىٰ حُكمِ العاريَّةِ .

فرعٌ : [ما يُعارُ مِنَ الحَيَوانِ] :

ويجوزُ إِعارةُ الحَيَوانِ للخِدمةِ ، وللرُّكوبِ ، وما أَشبهَهُ ، كما يجوزُ إِجارتُهُ لذٰلكَ ، ويجوزُ إِعارةُ الكلبِ للصيدِ ، كما يجوزُ إِعارةُ الفَحلِ للضِّرابِ ، ولا يجوزُ إِعارةُ الجاريةِ للوطءِ ؛ لأَنَّ الوطءَ لا يكونُ إِلاَّ في مِلكٍ أَو نكاحٍ . قالَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ : ولا يجوزُ إِعارةُ جاريةٍ ذاتِ جمالٍ لغيرِ مَحرَمٍ لها للخِدمةِ ؛ لأَنَّهُ لا يُؤمَنُ أَنْ يخلوَ بها ، فيواقِعَها .

وذَكَرَ في « الفُروعِ » ، والصيدلانيُّ : أَنَّهُ يُكرَهُ إِعارتُها ، فإِنْ كانتْ كبيرةً ، أَو صغيرةً ، أَو قبيحةً . . جازَ إِعارتُها ؛ لأَنَّهُ يُؤمَنُ مواقعتُها .

ولا يجوزُ إِعارةُ العبدِ المُسلمِ مِنَ الكافرِ ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ لهُ ٱستخدامُهُ .

ويُكرهُ أَنْ يستعيرَ أَحدَ أَبويهِ للخِدمةِ ؛ لأَنَّهُ يُكرهُ لهُ ٱستخدامُهُ .

فرعٌ : [ليستِ المنحةُ إِعارةً] :

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : ولا يجوزُ ٱستعارةُ الشاةِ ليحلُبَها ، ولا إِعارةُ الأَشجارِ لأَخذِ ثَمَرتِها ، كما لا يجوزُ إِجارتُها لذٰلكَ .

وقالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : يجوزُ ؛ لقولهِ ﷺ : « ٱلعَارِيَّةُ مُؤدّاةٌ ، والْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ ، والدَّيْنُ مَقْضِيٌّ ، والزَّعِيمُ غَارِمٌ »[1] ، ولقولهِ ﷺ : « مَنْ مَنَحَ مِنْحَةَ وَرِقٍ ، أَو هدىٰ زُقَاقاً ، أَو سَقَىٰ لَبَناً . . كانَ لهُ كَعِدْلِ رَقَبَةٍ ، أَو نَسَمَةٍ »[2] .

وقال ﷺ : « مَنْ مَنَحَ مِنْحَةً وَكُوفاً . . فَلهُ كذا وكذا »[3] . و(الوَكُوفُ) : غَزِيرَةُ اللَّبَنِ .

قال أَبو عبيدٍ : وللعَرَبِ أَربعةُ أَسماءٍ تضعُها موضعَ ٱسم العاريَّةِ ، وهي : المِنحةُ ، والعَرِيَّةُ ، والإِفْقارُ ، والإِخْبالُ .

فـ(المِنحةُ) : أَنْ يمنَحَ الرجُلُ الرجلَ ناقةً أَو شاةً ، فيحتَلِبَها زَماناً ، ثُمَّ يردَّها .

و(العريَّةُ) : أَنْ يُعرِيَ الرجلُ الرجلَ ثمرةَ نخلةٍ مِن نخيلهِ ، فيكونَ لهُ الثمرُ عامَهُ ذٰلكَ .

و(الإِفقارُ) : أَنْ يعطيَهُ دابَّتَهُ ، فيركَبَها ما أَحبَّ في سفرٍ ، أَو حَضَرٍ ، ثُمَّ يردَّها عليهِ .

و(الإِخبالُ) : أَنْ يعطيَهُ ناقتَهُ ، فيركَبَها ، ويَجْتزَّ وَبرَها ، ثُمَّ يَرُدَّها .

قالَ ٱبنُ الصبّاغِ : ولا ينبَغي أَنْ يكونَ في ذٰلكَ خلافٌ ، بَلْ يكونُ إِباحةً للَّبَنِ وثَمَرِ الشجرِ ؛ لأَنَّ الإِباحةَ تَصِحُّ في الأَعيانِ .

ولا يجوزُ للمُحرِمِ أَنْ يستعيرَ صَيداً ، كمَا لا يجوزُ لهُ تَمَلُّكُهُ ، فإِنْ خالَفَ واستعَارَهُ ، وتَلِفَ في يدِهِ . . لَزِمَهُ الجَزاءُ لحقِّ اللهِ تعالىٰ ، والقيمةُ لمالكهِ . وإِنِ ٱستعارَ

---

(١) سلف قريباً عن أبي أمامة ، وأخرجه أيضاً الترمذي (٢١٢١) في الوصايا ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٤٧٩٦) و(١٤٧٦٧) بعضه ، وابن الجارود في « المنتقى » (١٠٢٣) في الأحكام .

(٢) أخرجه عن البراء بن عازب أحمد في « المسند » (٤/ ٢٨٥ و ٢٩٦) وغيرها ، والترمذي (١٩٥٨) في البر والصلة ، وقال : حديث حسن صحيح غريب . وفي الباب عن النعمان بن بشير . **منحة الورق** : قرض الدراهم . **هدى زقاقاً** : هداية الطريق ، وإرشاد الضال .

(٣) أورده عن الزهري أبو عبيد في « غريب الحديث » (١/ ٢٩٤) ، وعنه ابن الأثير في « النهاية » (٥/ ٢٢٠) .

مُحِلٌّ مِنْ مُحرِمٍ صيداً ، فإنْ قلنا : إنَّ مِلكَ المُحرِمِ لا يزولُ عَنِ الصيدِ. . جازَ ، ويَضمنُهُ بالقيمَةِ ، وإنْ قلنَا : يزولُ مِلكُهُ عنهُ بالإحرامِ. . فقدْ وَجبَ عليهِ إرسالُهُ ، فإذَا دفعَهُ إلىٰ المُحِلِّ. .لَمْ يَسقُطْ عنهُ بذٰلكَ ما وَجبَ عليهِ مِنَ الإرسالِ ، ولا يضْمَنُهُ المستعيرُ بالقيمةِ للمعيرِ ؛ لأنَّهُ ليسَ بمِلكٍ لهُ ، ولا بالجزاءِ ؛ لأنَّهُ مأذونٌ لهُ في إتلافِهِ ، فإنْ تَلِفَ الصيدُ في يدِ المستعيرِ. . وَجبَ علىٰ المُحرِمِ الجَزاءُ .

قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : وإنْ أَودَعَ مُحِلٌّ صيداً عندَ مُحرِمٍ ، فتَلِفَ في يدِهِ. . لَمْ يَلزَمْهُ الجَزاءُ ؛ لأنَّهُ لم يُمسِكْهُ لنفسهِ ، وإنَّمَا أَمسَكَهَ للمالكِ .

مسأَلةٌ : [صيغةُ العاريَّةِ] :

ولا تَنعقِدُ العاريَّةُ إلا بالإيجابِ والقَبولِ ، كما نقولُ في هِبةِ الأَعيانِ ، وتَصِحُّ بالقولِ مِنْ أَحدِهما والفعلِ مِنَ الآخَرِ ، بأَنْ يقولَ : أَعِرني ، فيسلِّمَها إليهِ المالكُ ، أَو يقولَ المالكُ : أَعرتُكَ ، فيقبِضَها الآخَرُ ، كما نقولُ في إباحَةِ الطعامِ .

مسأَلةٌ : [يدُ المستعيرِ يدُ ضمانٍ] :

قالَ الشافعيُّ : (وكلُّ عاريَّةٍ مضمونَةٌ علىٰ المستعيرِ وإنْ تلِفَتْ مِنْ غيرِ تَفريطٍ) . وهٰذا كمَا قالَ : إذَا قَبَضَ المستعيرُ العينَ المستعارةَ ، فتَلِفتْ في يدِهِ. . فهلْ يجبُ عليهِ ضمانُها ؟ ٱختلفَ الناسُ فيها علىٰ خمسةِ مذاهبَ :

فـ [**الأول**] : ذهبَ الشافعيُّ إلىٰ : أَنَّها مَضمونةٌ علىٰ المستعيرِ ، سواءٌ تَلِفتْ بتفريطٍ أَو بغيرِ تفريطٍ ، وسواءٌ شَرطَ ضمانَها أَو أَطلَقَ .

ورُويَ ذٰلكَ عَنِ ٱبنِ عبّاسٍ ، وأَبي هُريرةَ[1] ، وبهِ قالَ عطاءٌ ، وأَحمدُ ، وإسحاقُ .

---

(١) أخرج خبر ابن عباس وأبي هريرة عبد الرزاق في « المصنف » (١٤٧٩٢) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٦/ ٩٠) ، وابن حزم في « المحلى » (٩/ ١٧٠) في العارية .

و [**المذهَبُ الثاني**] : قالَ رَبيعةُ : العاريَّةُ مضمونةٌ علىٰ المستعيرِ ، إلاَّ أَنْ تكونَ حَيَواناً ، فيموتَ ، فلا ضَمانَ عليهِ .

و [**المذهَبُ الثالثُ**] : قالَ مالكٌ ، وعثمانُ البَتِّيُّ : (العاريَّةُ مضمونةٌ علىٰ المستعيرِ ، إلاَّ أَنْ يكونَ حَيَواناً ، فلا يَضمنُهُ بحالٍ سواءٌ ماتَ حَتْفَ أَنفهِ ، أَو تَلِفَ تحتَ يدِ المستعيرِ مِنْ غيرِ تفريطٍ بنَهْبٍ ، أَو غيرِهِ) .

و [**المذهَبُ الرابعُ**] : قال قتادةُ ، وعبيدُ الله بنُ الحسنِ العنبريُّ : إنْ شَرَطَ ضمانها . . كانت مضمونةً علىٰ المستعيرِ ، وإن لم يشرطْ . . كانت أَمانةً في يدهِ .

و [**المذهَبُ الخامسُ**] : قالَ شريحٌ ، والنخعيُّ ، والحسَنُ البصريُّ ، والثوريُّ ، والأَوزاعيُّ ، وأَبو حنيفةَ وأَصحابُهُ : (العاريَّةُ أَمانةٌ في يدِ المستعيرِ لا يَضمنُها إلاَّ إذَا فرَّطَ في تَلَفِها) .

دليلُنا : ما روىٰ سَمُرَةُ : أَنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « عَلَىٰ ٱليَدِ مَا أَخَذَتْ » . ورُوِيَ : أَنَّ النبيَّ ﷺ ٱسْتَعَارَ مِنْ صَفْوانَ بنِ أُميَّةَ في شِرْكِهِ ثَلاَثِينَ دِرْعَاً ـ وقيلَ : مِئَةَ دِرعٍ ـ يومَ حُنينٍ ، فقالَ : أَغصْباً يا محمَّدُ ؟ فقالَ النبيُّ ﷺ : « لاَ ، بَلْ عَارِيَّةٌ مضمونَةٌ مُؤَدَّاةٌ » .

فمعنىٰ قولِ صفوانَ : (أَغصْباً) أي : أَهٰذا الذي ٱستعرتَهُ مِنِّي لو مَنعتُكَ إيّاهُ لَمْ تَغصِبْنِي عليه ؟ فقالَ : « لا » .

ورَوىٰ أَنسٌ : (أَنَّ ٱمرأَةً مِن نِساءِ رَسولِ الله ﷺ ٱستعارَتْ قَصْعَةً ، فَذَهَبَتْ ، فَأَمَرَهَا النبيُّ ﷺ بغُرْمِهَا)[١] .

---

(١) أخرجه عن أنس ـ كما في « تلخيص الحبير » (٣/ ٦٠) ـ الطبراني في « الأوسط » بلفظ : (إن بعض أهل النبي ﷺ ٱستعار قصعةً ، فضيعها ، فضمنها له النبي ﷺ) . تفرد به سويد بن عبد العزيز ، وهو ضعيف ، وبنحو القصة عنه أيضاً :

رواه البخاري (٢٤٨١) في المظالم ، وأبو داود (٣٥٦٧) في البيوع ، والنسائي في « الصغرى » (٣٩٥٥) في عشرة النساء ، وابن ماجه (٢٣٣٤) في الأحكام ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٦/ ٩٦) في الغصب ، وفيه : (أن النبي ﷺ كان عند بعض نسائه ، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة فيها طعام ، فضربت بيدها ، فكسرت القصعة ، فضمها ، وجعل فيها الطعام ، وقال : « كلوا » ، وحبس الرسول والقصعة حتى =

ولأنَّهُ مالٌ لغيرِهِ أَخذَهُ لمَنفَعةِ نفسهِ لا علىٰ وجهِ الوثيقَةِ ، فَضَمِنَهُ ، كالمغصوبِ .

فقولُنا : (مالٌ لغيرِهِ) ٱحترازٌ مِمَّنْ أَخذ مالَ نفسهِ مِنْ غيرِهِ ، فإنَّهُ غيرُ مَضمونٍ عليهِ .

وقولُنا : (لمَنفعةِ نَفسهِ) ٱحترازٌ مِنَ الوَديعةِ ، فإنَّ المَنفعةَ فيها للمالكِ .

وقولُنا : (لا علىٰ وجهِ الوثيقةِ) ٱحترازٌ مِنَ المُرتهِنِ إذا قَبضَ الرهنَ .

ولأنَّها عَينٌ مضمونةٌ بالردِّ ، فكانتْ مَضمونَةً بالتلَفِ ، كالمَغصوبِ .

فقولُنا : (مضمونَةٌ بالردِّ) أَي : أَنَّهُ يجبُ عليهِ مُؤْنَةُ الردِّ ، وفيهِ ٱحترازٌ مِنَ الوديعةِ والرهْنِ ، فإنَّهُ لا يجبُ عليهِ مُؤْنَةُ الردِّ ، بَلْ عليهِ أَنْ يُخلِّيَ بينَهُ وبَينَ العينِ لا غَيرَ ، وكذٰلكَ العينُ المُستأجَرةُ في أَحدِ الوجهينِ .

إذا تقرَّرَ هٰذا : فإنِ ٱستَعارَ عَيناً ، فٱستَعْملَها ٱستعمالاً مأذوناً فيهِ ، فردَّها وقدْ نَقَصَ شَيءٌ مِنْ أَجزائِها ، بأَنْ كانَ ثوباً ، فردَّهُ ، وقدْ رَقَّ ونَقَصَتْ قيمتُهُ بذٰلكَ . . لَمْ يجبْ عليهِ ضمانُ ما نَقَصَ ؛ لأنَّ الإذنَ في ٱستعمالهِ تَضمَّنَ الإذنَ في إتلافِ ذٰلكَ منهُ .

وإنْ هَلَكتِ العينُ المستعارَةُ ، أَو أَتلفَها قبلَ الاستعمالِ . . وَجبَ عليهِ ضمانُها ، فأَمَّا إذا ٱستعملَها ، فنَقَصتْ قيمتُها بالاستعمالِ ، ثُمَّ تَلِفَتْ ، فإنْ كانَت منْ غيرِ ذَواتِ الأَمثالِ . . وَجبَ عليهِ قيمتُها ، ومَتىٰ تُقوَّمُ عليهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يجبُ عليهِ قيمتُها أَكثرَ ما كانتْ مِنْ حينِ القَبضِ إلىٰ حينِ التلَفِ ، كالمغصوبِ .

فعلىٰ هٰذا : تكونُ الأَجزاءُ التالفةُ بالاستعمالِ تابعةً للعينِ ، إنْ سقطَ عنهُ ضمانُ العينِ بردِّها . . سَقطَ عنهُ ضَمانُ الأَجزاءِ ، وإنْ وَجبَ عليهِ ضمانُ العينِ بتلَفِها . . وَجبَ عليهِ ضمانُ الأَجزاءِ التالفةِ بالاستعمالِ .

= فرغوا ، فدفع القصعة الصحيحة ، وحبس المكسورة) . وفي بعضها : « غارت أمكم ، كلوا » . وفي بعض روايات البيهقي : أن الخادم جسرة ، وأهله : هي عائشة ، والله أعلم .

والثاني ـ وهو المذهبُ ـ : أَنَّهُ يجبُ عليهِ قيمتُها يومَ تلفِها ؛ لأنَّا لو قوَّمناها عليهِ أكثرَ ما كانتْ مِنْ حينِ القَبضِ إلىٰ حينِ التلفِ . . أَدَّىٰ إلىٰ أَنْ تجبَ عليهِ قيمةُ الأَجزاءِ التالفةِ بالاستعمالِ ، وهٰذا لا يجوزُ .

وإنِ ٱستعارَ منهُ ثوباً ليلْبَسَهُ ، فَلبِسَهُ حتّىٰ خَلُقَ ، ولَمْ يَبْقَ منهُ خيطٌ . . ففيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ أَبو العبّاسِ : يَلزَمُهُ ضمانُ الأَجزاءِ ؛ لأَنَّ كُلَّ عينٍ ضَمِنَ أَصلَها ، ضَمنَ أَجزاءَها ، كالمغصوبِ .

و **[الثاني]** : قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، **وسائرُ أَصحابِنا** : لا يجبُ عليهِ الضمانُ ؛ لأَنَّهُ أَتلفَهُ إتلافاً مأذوناً فيهِ ، فهوَ كمَا لو أَذِنَ لهُ في أَكلِ طَعامِهِ ، فأَكلَهُ .

وإنِ ٱستعارَ منهُ شيئاً لهُ مِثلٌ ، وتَلِفَ في يدِهِ بغيرِ الاستعمالِ . . قالَ الشيخُ أَبو إسحاقَ : فإنْ قلنا : إنَّ فيما لا مِثلَ لهُ تجبُ قيمتُهُ أَكثرَ ما كانتْ . . ضَمِنَهُ هاهنا بمثلِهِ ، وإنْ قلنا فيما لا مِثلَ لهُ : تجبُ قيمتُهُ يومَ التلَفِ . . ضَمِنَ هٰذا بقيمتِهِ يومَ التلَفِ .

فرعٌ : [نِتاجُ العاريَّةِ] :

وإنْ ولدَتِ العاريَّةُ عندَهُ . . فهلْ يكونُ وَلدُها مَضموناً عليهِ ؟ فيهِ وجهانِ ، كولدِ الوديعةِ ، وقد مضىٰ .

فرعٌ : [إعارةُ العينِ غيرِ المملوكة] :

وإنِ ٱستأجرَ عيناً ، فأَعارها غيرَهُ ، فتَلِفتْ عندَهُ مِنْ غيرِ تفريطٍ . . فذكرَ بعضُ أَصحابِنا : أَنَّهُ لا يجبُ علىٰ واحدٍ منهما ضمانُها ؛ لأَنَّ العينَ المستأجَرةَ لا تُضمَنُ بالتلَفِ مِنْ غيرِ تفريطٍ .

وإنْ غَصَبَ رجلٌ مِنْ رجلٍ عيناً ، وأَعارَها غيرَهُ ، فٱستعملَها المستعيرُ ، وتَلِفَتْ عندَهُ . . فللمالكِ الخيارُ : بينَ أَنْ يَرجِعَ علىٰ الغاصبِ بقيمتِها أَكثرَ ما كانتْ مِنْ حينِ غَصَبِها إلىٰ أَنْ تَلِفَتْ ، وبأُجرةِ منافعِها ؛ لأَنَّهُ تعدّىٰ بغصبِها ، وبينَ أَنْ يَرجِعَ علىٰ

المستعيرِ بقيمتِها أكثرَ ما كانتْ مِنْ حينِ قبضِها[1] إلىٰ أنْ تلِفتْ في يدِهِ ، وبأُجرةِ منافعِها .

فإنْ عَلِمَ المستعيرُ بالغصبِ . . لَمْ يَرجعْ بما غَرِمَهُ علىٰ الغاصبِ ، قولاً واحداً ؛ لأنَّ التلَفَ حصَلَ في يدِهِ . وأمَّا إذا لَمْ يَعلمِ المستعيرُ بالغَصبِ . . نظرتَ :

فإنِ ٱستعملَ العينَ المغصوبةَ مدَّةً ، فنَقَصتْ أجزاؤُها ، وأقامَ المالكُ بيِّنةً عليها . . فإنَّهُ يَنتزِعُها ، وهوَ بالخِيارِ : بينَ أنْ يَرجِعَ علىٰ الغاصبِ بأُجرةِ منافعِها مِنْ حينِ غَصَبها منهُ ، إلىٰ أنْ أخذَها مِنَ المستعيرِ ، وبأَرْشِ ما نَقَصتْ ، وبينَ أنْ يَرجِعَ علىٰ المستعيرِ بأُجرتِها مِنْ حينِ قَبَضها ، وبأَرشِ ما نَقَصتْ في يدِهِ ؛ لأنَّهُ قد وُجِدَ التعدِّي مِنْ كلِّ واحدٍ منهما فيها .

فإنْ رَجعَ علىٰ المستعيرِ في ذٰلكَ . . فهلْ للمستعيرِ أَنْ يَرجِعَ بما غَرِمَهُ علىٰ الغاصبِ ؟ فيه قولانِ :

[**أحدُهما**] : قالَ في **القديمِ** : (لهُ أَنْ يَرجِعَ عليه) . وبهِ قالَ أحمدُ ؛ لأنَّهُ غرَّهُ ، وأدخلَهُ في العاريَّةِ علىٰ أنْ لا يَضمَنَ الأجزاءَ والأجرةَ .

و [**الثاني**] : قالَ في **الجديد** : (لا يَرجِعُ عليهِ) . **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأنَّ التلَفَ كانَ في يدِهِ .

وإنِ ٱختارَ المالكُ الرجوعَ علىٰ الغاصبِ بذٰلكَ . . فهلْ للغاصبِ أنْ يَرجِعَ علىٰ المستعيرِ بأَرشِ ما نَقَصتْ في يدِهِ ، وبالأُجرةِ ، مدَّةَ إقامتِها في يدِهِ ؟

إنْ قلنا بقولهِ في **القديمِ** في الأُولىٰ : لو رَجعَ المالكُ علىٰ المستعيرِ رَجعَ المستعيرُ علىٰ الغاصبِ . . لَمْ يَرجعِ الغاصبُ هاهُنا علىٰ المستعيرِ .

وإنْ قلنا بقولهِ **الجديد** : إنَّ المستعيرَ لا يَرجِعُ علىٰ الغاصبِ . . رَجعَ الغاصبُ هاهُنا علىٰ المستعيرِ .

وأمَّا إذا تَلِفتْ في يدِ المستعيرِ . . فللمالكِ أنْ يَرجِعَ بها علىٰ أيِّهما شاءَ بقيمتِها أكثرَ

---

(١) في نسخة : (غصبها) .

ما كانتْ مِنْ حينِ قَبْضِها ، وبأُجرةِ منافعِها ، فإِنْ كانتْ قيمتُها يومَ التلفِ أَكثرَ ، وٱختارَ المالكُ الرجوعَ علىٰ المستعيرِ بالقيمةِ ، وبالأُجرةِ . . فإِنَّ المستعيرَ لا يَرجِعُ علىٰ الغاصبِ بقيمتِها ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّهُ دَخلَ في العاريَّةِ علىٰ أَنْ تكونَ مضمونةً عليهِ ، وهلْ يَرجِعُ المستعيرُ على الغاصبِ بما غَرِمَ مِنَ الأُجرةِ ؟ علىٰ القولينِ ، **الصحيحُ** : لا يَرجِعُ .

وإِنْ رجعَ المالكُ علىٰ الغاصبِ بهما . . رَجعَ الغاصبُ علىٰ المستعيرِ بالقيمةِ ، قولاً واحداً ، وهلْ يَرجِعُ عليهِ بالأُجرةِ مدَّةَ إِقامتِها في يدِهِ ؟ فيهِ قولانِ ، **الصحيحُ** : يَرجِعُ عليهِ .

وإِنْ كانتْ قيمةُ العينِ يومَ قَبَضَها المستعيرُ أَكثرَ ، فنَقَصتْ بالاستعمالِ ، ثُمَّ تَلِفتْ في يدِهِ ، فإِنْ قلنا : إِنَّ المستعيرَ يجبُ عليهِ قيمةُ العينِ أَكثرَ ما كانتْ منْ حينِ قبَضَها إِلىٰ أَنْ تَلِفتْ . . فهو كما لو كانتْ قيمتُها يومَ التلفِ أَكثرَ ، وإِنْ قلنا **بالمذهَبِ** ، وإِنَّهُ لا يجبُ علىٰ المستعيرِ إِلاَّ قيمتُها يومَ التَلَفِ . . فإِنَّ المالكَ إِذا ٱختارَ الرجوعَ علىٰ المستعيرِ . . فإِنَّهُ يَرجِعُ عليهِ بقيمتِها أَكثرَ ما كانتْ مِنْ حينِ قَبضَها إِلىٰ أَنْ تلفتْ ، وأَمَّا قدرُ قيمتِها يومَ التلفِ . . فلا يَرجِعُ بها المستعيرُ علىٰ الغاصبِ ، قولاً واحداً ، وأَمَّا ما زادَ علىٰ ذٰلكَ مِنَ القيمةِ التي غَرِمَها ، وأُجرةِ منافعِها . . فهلْ لهُ أَنْ يَرجِعَ بما غَرِمَهُ مِنْ ذٰلكَ علىٰ الغاصبِ ؟ فيهِ قولانِ ، **الصحيحُ** : لا يَرجِعُ .

وإِنْ رجعَ المالكُ بذٰلكَ علىٰ الغاصبِ . . فإِنَّ الغاصبَ يَرجِعُ علىٰ المستعيرِ بقدرِ قيمتِها يومَ التلَفِ ، قولاً واحداً ، وهلْ يَرجِعُ عليهِ بالأُجرةِ ، وبأَرشِ الأَجزاءِ التالفةِ في يدِهِ بالاستعمالِ ؟ فيه قولانِ ، **الصحيحُ** : يَرجِعُ عليهِ .

مسأَلةٌ : [لا يُشترطُ تعيينُ مدَّةِ الإِعارةِ] :

وتجوزُ الإِعارةُ مدَّةً معلومةً ، ومدَّةً مجهولةً ؛ لأَنَّ العاريَّةَ عطيَّةٌ لا عِوَضَ فيها ، فصحَّتْ في المعلومِ والمجهولِ ، كإِباحةِ الطعامِ ، والوصيَّةِ ، وفيهِ ٱحترازٌ مِنَ الإِجارةِ .

إذا ثبتَ هٰذا : فللمُعيرِ أَنْ يَرجِعَ في العاريَّةِ متىٰ شاءَ ، سواءٌ كانتِ العاريَّةُ مطلقةً ، أَو مؤقَّتةً وإِنْ لَمْ تَنْقضِ المدَّةُ ، وبهِ قالَ أَبو حنيفةَ ، وأَحمدُ .

وقالَ مالكٌ : (إِذا أَعارَهُ مدَّةً مؤقَّتةً . . لَمْ يَجُزْ لهُ أَنْ يَرجِعَ فيها قَبلَ ٱنقضاءِ المدَّةِ ، وإِنْ أَعارَهُ مدَّةً مجهولةً . . لزِمَهُ تركُهُ مدَّةً يُنتَفعُ بها في مِثلِها) . وبَنىٰ مالكٌ ذٰلكَ علىٰ أَصلِه : أَنَّ الهبةَ تلزَمُ بالعقدِ مِنْ غيرِ قبضٍ .

دليلُنا : أَنَّ المنافعَ المستقبَلةَ لَمْ تحصُلْ في يدِهِ ، فكانَ للمعيرِ الرجوعُ فيها ، كمَا لو لَمْ يُقبِضِ العينَ ، ويجوزُ للمستعيرِ أَنْ يردَّ العاريَّةَ متىٰ شاءَ ؛ لأَنَّهُ ملكَ الانتفاعَ بالإِباحةِ ، فكانَ لهُ ردُّها متىٰ شاءَ ، كمَا لو أَباحَ لهُ أَكلَ طعامِهِ .

وإِنْ ماتَ المعيرُ ، أَو جُنَّ ، أَو أُغميَ عليهِ ، أَو حُجِرَ عليهِ للسَّفَهِ . . ٱنفسختِ العاريَّةُ ؛ لأَنَّها عقدٌ جائزٌ ، فبَطَلتْ بِما ذكرناهُ ، كسائرِ العقودِ الجائزةِ .

وإِنْ ماتَ المستعيرُ . . ٱنفسختِ العاريَّةُ ؛ لأَنَّ الإِذنَ بالانتفاعِ إِنَّما كانَ للمستعيرِ دونَ وارثِه ، وإِذا ٱنفسختِ العاريَّةُ . . وجبَ علىٰ المستعيرِ ردُّها ، ومؤنَةُ الردِّ عليهِ ؛ لقولهِ ﷺ في حديثِ صفوانَ : « عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ » . فوَصفَ العاريَّةَ بذٰلكَ ، فدَلَّ علىٰ : أَنَّ ذٰلكَ مُقتضىٰ حُكمِها ، فإِنْ ردَّها المستعيرُ إِلىٰ المالكِ ، أَو إِلىٰ وكيلهِ . . بَرِئ مِنَ الضمانِ . وإِنْ ردَّها إِلىٰ مِلكِ المعيرِ ، بأَنِ ٱستعارَ دابَّةً ، فردَّها إِلىٰ إِصطَبلِ المالكِ . . لَمْ يَبرأْ بذٰلكَ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (يَبرأُ بذٰلكَ) .

دليلُنا : أَنَّهُ لَمْ يردَّها إِلىٰ المالكِ ، ولا إِلىٰ وكيلهِ ، فلَمْ يَبرأْ بذٰلكَ ، كمَا لو غَصبَ منهُ عيناً ، أَو سَرَقَها ، فردَّها إِلىٰ ملكِهِ . . فإِنَّهُ لا يَبرأُ **بلا خلافٍ** .

مسأَلةٌ : [استعمال عين العاريَّة] :

ومَنِ استعارَ عيناً . . فَلَهُ أَنْ يستوفيَ منفعتَها بنفسِهِ ، وبوكيلِهِ ؛ لأَنَّهُ نائبٌ عنهُ ، وإِنِ استعارَ دابَّةً لتركبَها ٱمرأَتُهُ زينبُ . . فهلْ لهُ أَنْ يُركِبَها عَمرةَ ؟ يُنظَرُ فيهِ :

فإِنْ كانتْ عَمرةُ أَثقلَ منها . . لَمْ يكنْ لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ ٱنتفاعٌ غيرُ مأذونٍ فيهِ .

وإنْ كانتْ عَمرةُ مثلَها ، أو أخفَّ[١] مِنها . . ففيهِ وجهانِ ، حكاهُما الطبريُّ :

أحدُهما : يجوزُ ، وبهِ قالَ أبو حنيفةَ ، كما قُلنا في الإجارةِ .

والثاني : لا يجوزُ ؛ لأنَّهُ انتفاعٌ غيرُ مأذونٍ فيهِ ، فلَمْ يَجُزْ ، كمَا لو كانتْ أثقلَ مِنها .

وإنِ استعارَ دابَّةً ليَركبَها إلىٰ بلدٍ ، فركبَها إلىٰ تلكَ البلدِ ، وجاوزَ بِها إلىٰ بلدٍ أُخرىٰ ، فقَبلَ أنْ يجاوزَ بِها البلدَ المأذونَ لهُ بالركوبِ إليها هي مضمونةٌ عليهِ ضمانَ العاريَّةِ ، ولا أُجرةَ عليهِ لذٰلكَ ، فإذا جاوزَ بِها . . صارتْ مِنْ حينِ المجاوزةِ مضمونةً عليهِ ضمانَ الغاصبِ ، ويجبُ عليهِ أرشُ ما نَقصتْ بعد ذٰلكَ ، وأُجرةُ منافعِها ، فإنْ ماتتْ . . وَجبَ عليهِ قيمتُها أكثرَ ما كانتْ حينَ المجاوزةِ ؛ لأنَّهُ صارَ متعدِّياً بالمجاوزةِ ، فإنْ رجعَ بِها إلىٰ البلدِ المأذونِ بالركوبِ إليهِ . . لَمْ يَزُلْ[٢] عنهُ الضمانُ .

وقالَ أبو حنيفةَ : (يزولُ عنهُ الضمانُ) .

دليلُنا : أنَّها صارتْ مضمونةً عليهِ ، فلَمْ يَبرأْ بالرَّدِّ إلىٰ غيرِ يدِ المالكِ ، أو وكيلِهِ ، كالمغصوبِ .

فرعٌ : [تأجيرُ وإعارةُ العاريَّةِ] :

وإنِ استعارَ عيناً مدَّةً ، فأَجَّرَها المستعيرُ تلكَ المدَّةَ . . لَمْ تَصِحَّ الإجارةُ ؛ لأنَّ الإجارةَ معاوضةٌ ، فلا تَصِحُّ إلاَّ فيما يملِكُهُ ، والمستعيرُ لا يَملِكُ المنافعَ ، وإنَّما هيَ مِلكٌ لمالكِ العينِ ، وقدْ أَباحَ لهُ إتلافَها ، فلا يَملِكُ أَنْ يُملِّكَ ذٰلكَ غيرَهُ .

وإنْ أعارَها المستعيرُ غيرَهُ . . فهلْ يَصِحُّ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَصِحُّ ، وبهِ قالَ أبو حنيفةَ ؛ لأنَّهُ لمّا جازَ أَنْ يؤاجِرَ ما استأجرهُ . . جازَ أَنْ يُعيرَ ما استعارهُ .

---

(١) في نسخة : (دونها) .
(٢) في (م) : (لم يبرأ) .

والثاني : لا يجوزُ ، وبه قالَ أَحمدُ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّ المالكَ أَباحَ للمستعيرِ الانتفاعَ ، فلا يَملِكُ المستعيرُ أَنْ يُبيحَ ذٰلكَ لغيرِهِ ، كمَا لو أباحَ لهُ طعاماً . . فليسَ للمباحِ لهُ أَنْ يُبيحَهُ لغيرِهِ ، ويخالفُ المستأجِرَ ، فإِنَّهُ يَملِكُ المنافعَ ، فلذٰلكَ جازَ أَنْ يُملِّكَها غيرَهُ ، كمَنِ ٱشترىٰ شيئاً . . فلَهُ أَنْ يَتصرَّفَ فيهِ بما شاءَ .

فرعٌ : [إنفاقُ المستعيرِ علىٰ الحَيَوانِ] :

قالَ الصيمَريُّ : وإِذا ٱستعارَ حَيَواناً . . فإِنَّ نفقتَهُ مدَّةَ العاريَّةِ علىٰ المعيرِ ؛ لأَنَّهُ مِلْكُهُ ، والنفقةُ تجبُ علىٰ مالكِ الرقَبةِ دونَ مالكِ المنفعةِ ، كما نقولُ في الإِجارةِ .

فعلىٰ هٰذا : إِذا ٱستعارَ حَيَواناً ، فإِنْ أَذِنَ المعيرُ للمستعيرِ بالإِنفاقِ عليهِ ، فأَنفقَ عليهِ . . رجعَ عليهِ بما أَنفقَهُ ؛ لأَنَّهُ أَخرجَهُ بإِذنِهِ ، وإِنْ لَمْ يأذَنْ لهُ في الإِنفاقِ عليهِ . . فللمستعيرِ أَنْ يَرفعَ ذٰلكَ إِلىٰ الحاكمِ ، ليُنفِقَ عليهِ مِنْ مالِ المعيرِ إِنْ كانَ لهُ مالٌ ، أَو يبيعَ جُزءاً مِنَ الحَيَوانِ المُعارِ ، أَو يَقترِضَ عليهِ مِنْ غيرِ المستعيرِ ، أَو مِنَ المستعيرِ ، كما قُلنا في الوديعةِ .

مسأَلةٌ : [إعارةُ الأرضِ] :

ويجوزُ إِعارةُ الأَرضِ للزراعةِ ، وللبناءِ ، وللغراسِ ؛ لأَنَّهُ يجوزُ أَنْ يَملِكَ منفعةَ الأَرضِ لذٰلكَ بالإِجارةِ ، فٱستباحها بالإِعارةِ ، كمنفعةِ العبدِ والدارِ ، فإِنْ قالَ : أَعرتُكَ هٰذه الأَرضَ لتَنتفِعَ بِها . . جازَ لهُ أَنْ يَزرعَ فيها ويَغرِسَ ويَبنيَ ؛ لأَنَّ الإِذنَ فيها مطلقٌ ، فٱستباحَ الجميعَ .

وإِنْ أَعارَهُ الأَرضَ ليَزرعَ فيها ، وأَطلقَ . . كانَ لهُ أَنْ يزرعَ أَيَّ زرعٍ شاءَ ؛لأَنَّ الإِذنَ مطلقٌ ، وإِنْ قالَ : لتَزرعَ الحنطةَ . . فلهُ أَنْ يَزرعَ الحنطةَ والشعيرَ ؛ لأَنَّ ضررَ الشعيرِ أَقلُّ مِنْ ضررِ الحِنطةِ في الأَرضِ ، وإِنْ قالَ : لتزرعَ فيها الشعيرَ . . قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : فليسَ لهُ أَنْ يزرعَ الحنطةَ ؛ لأَنَّها أكثرُ ضرراً في الأَرضِ مِنَ الشعيرِ ، ولا يجوزُ أَنْ يَغرِسَ في الأَرضِ ، ولا يبنيَ فيها ؛لأَنَّهما أَعظمُ ضرراً في الأَرضِ مِنَ الزراعةِ .

وإنِ ٱستعارَ أرضاً ليبنيَ فيها ، أو يَغرِسَ . . كانَ لهُ أنْ يزرعَ فيها . وحَكىٰ في « المهذَّبِ » وجهاً آخَرَ : أنَّهُ إذا ٱستعارها للبناءِ . . لَمْ يكنْ لهُ أنْ يزرعَ فيها ؛ لأنَّ الزراعةَ فيها تُرخِي الأَرضَ . وليسَ بشيءٍ ؛ لأنَّ ضررَ البناءِ والغراسِ في الأرضِ أكثرُ مِنْ ضَررِ الزرعِ ، فإذا زرعها . . فقدِ ٱستوفىٰ بعضَ ما أُذِنَ لهُ فيهِ ، فجازَ ، وإنِ ٱستعارها للبناءِ . . فهلْ لهُ أنْ يَغرِسَ فيها ؟ أوِ ٱستعارَها للغِراسِ . . فهلْ لهُ أنْ يبنيَ فيها ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّ ضررَهما في الأَرضِ سواءٌ ؛ لأنَّ الأَرضَ تُحفرُ لَهُما ، ويرادُ كلُّ واحدٍ منهما للتأبيدِ .

والثاني : ليسَ لهُ ذٰلكَ ؛ لأنَّ ضررَهُما يختلفُ في الأَرضِ ؛ لأنَّ ضررَ الغِراسِ لانتشارِ عروقِهِ في باطنِ الأَرضِ ، ولا يمنعُ مِنَ الزارعةِ في ظاهرِها ، وضرَرَ البناءِ في ظاهرِ الأَرضِ دونَ باطنِها ؛ لأنَّهُ يكونُ في موضعٍ واحدٍ ، ويمنعُ الزراعةَ في الأَرضِ .

فرعٌ : [الرجوع عن الأَرض المعارة للبناء] :

وإنْ أَعارَهُ أَرضاً ليبنيَ فيها ، أَو يَغرِسَ ، فبنىٰ فيها ، أَو غَرَسَ ، ثُمَّ رجعَ المعيرُ عَنِ العاريَّةِ ، أَو كانتِ العاريَّةُ مقدَّرَةً بمُدَّةٍ . . فليسَ للمستعيرِ أَنْ يبنيَ ويَغرِسَ فيها بعدَ الرجوعِ ، ولا بعدَ ٱنقضاءِ المُدَّةِ ؛ لأنَّهُ إنَّما ملكَ ذٰلكَ بالإذنِ ، وقد زالَ الإذنُ ، فإنْ غَرَسَ بعدَ ذٰلكَ . . كانَ كما لو غصَبَها ، فغَرَسَ فيها ، أَو بنىٰ ، علىٰ ما سيأتي في (الغصبِ) .

وأَمَّا ما غرسَ وبنىٰ قبلَ الرجوعِ ، وقَبلَ ٱنقضاءِ المُدَّةِ . . فهلْ يَلزَمُهُ قلعُهُ ؟ يُنظَرُ فيهِ :

فإنْ شرَطَ المعيرُ علىٰ المستعيرِ قلْعَ البناءِ والغِراسِ عندَ الرجوعِ ، أَو عندَ ٱنقضاءِ المُدَّةِ . . لزمَهُ قلعُهُ ؛ لقولِهِ ﷺ : « ٱلمُؤمِنُونَ عَلَىٰ شُرُوطِهِمْ » . وإذا قلَعَ . . لَمْ يكنْ لهُ أَنْ يطالبَ المعيرَ بِمَا نَقَصَ البناءُ والغِراسُ بالقلْعِ ، ولا للمعيرِ أَنْ يطالبَهُ بتسويةِ الأَرضِ مِنْ آثارِ القلْعِ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما قدْ رضيَ علىٰ نفسهِ بما يَدخلُ عليهِ مِنَ الضررِ بذٰلكَ لَمّا شرَطَ القلْعَ .

وإنْ لَمْ يَشرِطْ عليهِ القلْعَ . . نَظرتَ :

فإنْ كانتْ قيمةُ الغِراسِ والبناءِ لا تنقصُ بالقلْعِ . . لَزِمَ المستعيرَ أَنْ يقلَعَ ؛ لأَنَّهُ يمكنُ ردُّ الأَرضِ المعارةِ فارغةً مِنْ غيرِ إِضرارٍ بالمستعيرِ ، وهلْ يَلزَمُهُ تسويةُ الأَرضِ ؟ يُحتمَلُ أَنْ يكونَ علىٰ وجهينِ يأتي ذكرُهما .

وإنْ نَقَصتْ قيمةُ الغِراسِ والبناءِ بالقلْعِ ، فإنِ ٱختارَ المستعيرُ أَنْ يَقلَعَهُ . . كانَ لهُ ذٰلكَ ، ولا يمنعُهُ المعيرُ منهُ ؛ لأَنَّهُ عينُ مالِهِ ، وهلْ يَلزَمُ المستعيرَ تسويةُ الأَرضِ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَلزَمُهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ لمّا أَذِنَ لهُ بالغِراسِ والبناءِ . . تَضمَّنَ ذٰلكَ الرِّضا بحفْرِ الأَرضِ عندَ القلْعِ ؛ لأَنَّهُ يعلَمُ أَنَّ لهُ أَنْ يَقلَعَ .

والثاني : يَلزَمُهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ حصَلَ بِرِضا المستعيرِ ، بدليلِ : أَنَّهُ لو ٱمتنعَ مِنَ القلْعِ . . لَمْ يُجبَرْ عليهِ .

وإنْ لَمْ يختَرِ المستعيرُ القلْعَ . . كانَ المعيرُ بالخِيارِ بينَ ثلاثةِ أَشياءَ : بينَ أَنْ يَبْذُلَ قيمةَ الغِراسِ والبناءِ قائماً ويَتملَّكَهُ ، أَو يقلَعَهُ ويدفعَ أَرْشَ ما نَقَصَ بالقلْعِ ، أَو يطالبَهُ بأُجرةِ الأَرضِ ؛ لأَنَّ الضررَ يزولُ عنِ المستعيرِ بذٰلكَ .

فإنْ بذَلَ المستعيرُ قيمةَ الأَرضِ ليَتملَّكَها معَ الغِراسِ والبناءِ . . لَمْ يُجبَرِ المعيرُ علىٰ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ الأَرضَ لا تَتبَعُ الغِراسَ والبناءَ ، بدليلِ : أَنَّهُ لو باعهُ غِراساً ، أَو بناءً في الأَرضِ . . لَمْ تَدخلِ الأَرضُ في البيعِ ، والبناءُ والغِراسُ يَتبعانِ[1] الأَرضَ ، بدليلِ : أَنَّهُ لو باعَهُ أَرضاً فيها بناءٌ ، أَو غراسٌ . . دَخَلا في البيعِ .

فإنْ طلبَ المعيرُ أُجرةَ الأَرضِ مِنَ المستعيرِ ، فٱمتنعَ المستعيرُ مِنْ بَذلِ الأُجرةِ . . فهلْ يَلزَمُهُ قلْعُ البناءِ والغراسِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما في « المهذَّبِ » :

أَحدُهما : لا يَلزَمُهُ ؛ لأَنَّ الإعارةَ تقتضي الانتفاعَ مِنْ غيرِ ضمانٍ .

والثاني : يَلزَمُهُ ؛ لأَنَّ بعدَ الرجوعِ لا يجوزُ لهُ الانتفاعُ مِنْ غيرِ أُجرةٍ .

---

(١) في نسختين : (يتبع) .

وإنْ لَمْ يَبذُلِ المعيرُ قيمةَ الغِراسِ والبناءِ ، ولا أَرشَ النَّقصِ ، ولا رضيَ بالأُجرةِ ، وطالبَ بقلْعِ الغِراسِ والبناءِ . . لَمْ يُجبَرِ المستعيرُ علىٰ القلْعِ ، سواءٌ كانتِ الإعارةُ مطلَقةً أَو مقيَّدةً بمُدَّةٍ .

وقالَ أَبو حنيفةَ : (إِنْ كانتِ الإعارةُ مطلَقةً . . فلَهُ مطالبتُهُ بقلْعِهِ أَيَّ وقتٍ شاءَ ، ولا ضمانَ علىٰ المعيرِ ، وإِنْ كانتْ مقيَّدةً . . فليسَ لهُ مطالبتُهُ بالقلْعِ قَبلَ ٱنقضاءِ المُدَّةِ مِنْ غيرِ ضمانٍ) .

دليلُنا : قولهُ ﷺ : « لَيسَ لعِرْقٍ ظَالِمٍ حقٌّ » . وهٰذا غيرُ ظالمٍ ، فوجبَ أَنْ يكونَ لهُ حقٌّ .

ولأَنَّهُ غرسٌ مأذونٌ فيهِ ، ولَمْ يَشرِطْ عليهِ القلْعَ ، فلَمْ يَلزَمْهُ القلْعُ مِنْ غيرِ عِوَضٍ ، كمَا لو كانتِ العاريَّةُ مؤقَّتةً .

إذا ثبَتَ هٰذا : ولَمْ يَبذُلِ المعيرُ العِوَضَ ، ولا رضيَ المستعيرُ بالقلْعِ . . فإِنَّ الغِراسَ يُقَرُّ في الأَرضِ ، فإِنِ ٱتَّفقا علىٰ البيعِ . . بيعا ، ويُقسَمُ الثَّمنُ بينَهما علىٰ قيمةِ الغِراسِ والأَرضِ ، فيقوَّمُ الغِراسُ قائماً وهو في غير ملكِ الغارسِ ، ثُمَّ تقوَّمُ الأَرضُ وفيها الغراسُ ، ولا يكونُ الغِراسُ داخلاً ، ويُقسَمُ الثَّمنُ بينَهما علىٰ قدرِ قيمتِهما ، وإِنِ ٱمتنعا مِنَ البيعِ . . أُقِرَّ الغِراسُ ، ويُقالُ لهما : ٱنصرِفا ، فلا حُكمَ لكما عندَنا حتّىٰ تَصطلِحا علىٰ شيءٍ ، وللمعيرِ أَنْ يدخلَ إِلىٰ أَرضهِ ، ويَغرِسَ ، ويزرعَ في بياضِها ، ويَستظِلَّ تحتَ غَرْسِ المستعيرِ ؛ لأَنَّهُ مِلكُهُ ، ولٰكنْ لا يَستنِدُ إِلىٰ جذوعِ غرسِ المستعيرِ ، وإِنْ أَرادَ بيعَ أَرضِهِ مِنَ المستعيرِ وغيرِهِ . . كانَ لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّها مِلكُهُ .

وأَمَّا المستعيرُ : فإِنْ أَرادَ دخولَ الأَرضِ للتَّفرُّجِ والاستراحةِ . . لَمْ يَكُنْ لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ الأَرضَ للمعيرِ ، وقدْ رجعَ في عاريَّتِها ، وإِنْ أَرادَ دخولَها لسقيِ الشجرِ ، وأَخذِ الثمرةِ ، وإِصلاحِها . . ففيه وجهانِ :

أَحدُهما : ليسَ لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ المعيرَ قدْ رجعَ في عاريَّةِ الأَرضِ ، ولَمْ يبقَ للمستعيرِ إِلاَّ إقرارُ الغِراسِ في مواضعِهِ ، فلَمْ يكنْ لهُ التخطّي في ملكِ غيرِهِ .

والثاني : لهُ ذٰلكَ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّ الإعارةَ للغِراسِ تقتضي التأبيدَ ، ولا يحصُلُ التأبيدُ فيها إلاَّ بالسقيِ ، والإصلاحِ .

وإِنْ باعَ المستعيرُ غِراسَهُ مِنْ مالكِ الأَرضِ . . صحَّ بيعُهُ ، وجهاً واحداً ، وإِنْ باعَهُ مِنْ غيرِهِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ مِلكَهُ عليهِ غيرُ مستقِرٍّ ؛ لأَنَّ للمعيرِ أَنْ يبذُلَ قيمتَهُ ويتملَّكَهُ ، فلَمْ يَصِحَّ بيعُهُ مِنْ غيرِهِ .

والثاني : يَصِحُّ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ باعَ مِلكَهُ ، وجوازُ ٱنتزاعِهِ لا يَمنعُ صحَّةَ البيعِ ، كمَا لوِ ٱشترىٰ شِقصاً فيهِ شُفْعةٌ ، فباعَهُ .

فرعٌ : [قلع المستعير الغراس] :

إذا أَذنَ لهُ في غِراسِ شجرةٍ ، فغرَسَها ، فٱنقلعتْ[١] . . فهلْ لهُ أَنْ يُعيدَ غرسَها[٢] في موضعِها مِنْ غيرِ إذنٍ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما ٱبنُ الصبّاغِ :

أَحدُهما : ليسَ لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ الإذنَ ٱختصَّ بالأُولىٰ .

والثاني : لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ الإذنَ قائمٌ ما لَمْ يَرجِعْ عنهُ .

فرعٌ : [حمل السيل الحب إلى أرض الجار] :

إذا كانَ لرجلٍ حَبُّ حِنطةٍ أَو شَعيرٍ ، أَو جَوزٌ ، أَو لوزٌ ، أَو نَوىً ، أَو شجرٌ ، فحَمَلَهُ السَّيلُ أَو الريحُ إلىٰ أَرضِ غيرِهِ ، فنبَتَ . . فإِنَّهُ يكونُ مِلكاً لصاحبِ الحَبِّ ؛ لأَنَّهُ عينُ مالِهِ ، وإِنَّما زادَ ، فصارَ كما لو كانَ لهُ بَيضٌ ، فحضَنَتْهُ دجاجةٌ لغيرِهِ ، وفرَّخَ .

فإِنْ أَرادَ صاحبُ الشجرِ قلْعَهُ مِنْ أَرضِ غيرِهِ . . كانَ لهُ ذٰلكَ ، ولزِمَهُ تسويةُ ما حصلَ فِي الأَرضِ مِنَ الحَفرِ ؛ لأَنَّهُ حصَلَ لتخليصِ مِلكِهِ ، فهو كَما لو كانَ لهُ فَصيلٌ[٣] ،

---

(١) في نسخة : (فانقطعت) .

(٢) في (م) : (غيرها) .

(٣) **الفصيل** : ولد الناقة .

فدخلَ إِلىٰ دارِ غيرِهِ ، وكَبُرَ ، ولَمْ يَقدِرْ علىٰ إِخراجِهِ إِلاَّ بنقضِ البابِ . . فإِنَّهُ يَنقُضُ البابَ لإِخراجِ فَصيلِهِ ، وعليهِ إِصلاحُ البابِ .

وإِنْ طالبَ صاحبُ الأَرضِ صاحبَ الشجرِ بقلْعِهِ مِنْ غيرِ ضمانٍ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : ليسَ لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ مالكَ الشجرِ غيرُ مفرِّطٍ في إِنباتِهِ بأَرضِ غيرِهِ ، فصارَ كما لوِ ٱستعارَ منهُ أَرضاً ، فغرَسَ فيها .

فعلىٰ هٰذا : يكونُ حُكمُهُ حكمَ العاريَّةِ في ضمانِ العِوَضِ ، وهو أَنَّ مالكَ الأَرضِ بالخِيارِ : بينَ أَنْ يبذُلَ لمالكِ الشجرِ قيمتَهُ فيتملَّكَهُ ، أَو يقلَعَهُ ويضمَنَ أَرشَ ما نَقَصَ بالقلْعِ ، أَو يُقِرَّهُ في الأَرضِ ويطالِبَهُ بأُجرةِ أَرضِهِ .

والثاني : أَنَّ مالكَ الشجرِ يُجبَرُ علىٰ قلْعِهِ ، ولا يَلزَمُ مالكَ الأَرضِ لهُ عِوَضٌ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ حصَلَ في الأَرضِ بغيرِ ٱختيارِ مالكِ الأَرضِ ، فصارَ كمَا لوِ ٱنتشرتْ أَغصانُ شجرتِهِ إِلىٰ هواءِ أَرضِ غيرِهِ ، فإِذا قلعَ الشجرَ . . لزِمَهُ تسويةُ الأَرضِ ؛ لأَنَّ ذٰلكَ حصَلَ لتخليصِ مِلكِهِ .

فرعٌ : [طلب المُعير الأرض قبل الحصاد] :

وإِنْ أَعارَهُ أَرضاً ليزرعَ فيها ، فزرعَ فيها ، فرجعَ المعيرُ في الأَرضِ قَبلَ أَن يبلُغَ الزرعُ وقتَ الحصادِ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : حكمُهُ حُكمُ الغِراسِ فيمَا ذكرناهُ ، مِنَ التبقيةِ ، والقلْعِ ، والأَرشِ .

والثاني : أَنَّهُ يُجبَرُ المعيرُ علىٰ تبقيتِهِ إِلىٰ الحصادِ بأُجرةِ المِثلِ ؛ لأَنَّ لهُ وقتاً ينتهي إِليهِ ، بخلافِ الغِراسِ .

مسأَلَةٌ : [استعار الجدار ليثبت فيه خشبه] :

إِذا ٱستعارَ منهُ حائطاً ليضعَ عليهِ الخشبَ في التسْقيفِ . . جازَ ؛ لأَنَّهُ ليسَ فيهِ أَكثرُ مِنْ أَنَّهُ يُرادُ للبقاءِ ، فجازتِ العاريَّةُ لهُ ، كٱستعارةِ الأَرضِ للغِراسِ والبناءِ ، فإِنْ رجعَ المعيرُ في العاريَّةِ قَبلَ وضعِ الجُذوعِ . . صحَّ الرجوعُ ؛ لأَنَّهُ لا ضررَ علىٰ المستعيرِ في الرجوعِ .

قالَ ٱبنُ الصبّاغ : وهٰكذا : إِذا رجعَ بعدَ وَضعِ الجُذوعِ وقَبلَ البناءِ عليها . . صحَّ الرجوعُ ، ووَجبَ علىٰ المستعيرِ رفعُها ؛ لأَنَّهُ لا ضررَ عليهِ في ذٰلكَ .

وإِنْ وضعَ الجذوعَ ، وبَنىٰ عليها ، ثُمَّ رجعَ المعيرُ . . فهلْ لهُ أَنْ يطالِبَهُ بقلْعِها ، ويضمَنَ لهُ أَرشَ ما يدخلُ عليهِ منَ النَّقصِ ؟ فيهِ وجهانِ ، حكاهُما المَحامليُّ :

أَحدُهما ـ قالَ في « الفروعِ » : **وبهِ الفَتوىٰ** ـ : أَنَّ ذٰلكَ كمَا قُلنا فيمَنْ أَعارَ غيرَهُ أَرضاً للبناءِ أَو للغِراسِ ، فبَنىٰ فيها ، أَو غرَسَ .

والثاني ـ وهُو المشهورُ ، ولَمْ يَذكرِ الشيخُ أَبو حامدٍ ، وٱبنُ الصبّاغِ غيرَهُ ـ : ليسَ لهُ ذٰلكَ ؛ لأَنَّهُ إِذا قَلعَها . . ٱنقلعَ ما في مِلكِ المستعيرِ ، وليسَ لهُ أَنْ يَقلعَ شيئاً مِنْ مِلكِ المستعيرِ بضمانِ القيمةِ ، بخلافِ الغِراسِ ، فإِنْ قالَ المعيرُ : أَنا أَدفعُ قيمةَ الأَجذاعِ وأَتملَّكُها . . لَمْ يكنْ لهُ ذٰلكَ ، والفرقُ بينَهما وبينَ الغِراسِ : أَنَّهُ إِذا دفعَ قيمةَ الغِراسِ . . انتفعَ به ؛ لأَنَّهُ في مِلكهِ ، وهاهنا لا يَنتفِعُ بما يدفعُ عنهُ القيمةَ ، وهو أَطرافُ الأَجذاعِ ؛ لأَنَّ أَطرافَها الأُخرىٰ في مِلكِ المستعيرِ .

قالَ الصيدلانيُّ : وإِنِ ٱستعارَ مِنْ جارِهِ حائطينِ ، فوَضعَ عليهما خشَبَ ساباطٍ[1] . . فللمعيرِ أَنْ يرجعَ بشرطِ أَنْ يضمَنَ النَّقصَ ؛ لأَنَّ الحائطينِ لهُ ، فلا ضررَ علىٰ المستعيرِ بذٰلكَ ، بخلافِ ما إِذا كانَ أَحدُ الحائطينِ للمستعيرِ .

فإِنِ ٱنهدمَ الحائطُ المُعارُ . . قالَ ٱبنُ الصبّاغ : فإِنْ بناهُ المعيرُ بغيرِ آلتِهِ الأُولىٰ . . لَمْ يكنْ للمستعيرِ ردُّ الأَخشابِ عليهِ بغيرِ إِذنِهِ ، وإِنْ بناهُ بآلتِهِ الأُولىٰ . . ففيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لهُ أَنْ يعيدَ خشَبَهُ بغيرِ إِذنِهِ ؛ لأَنَّ العاريَّةَ تقتضي التأبيدَ .

والثاني : ليسَ لهُ أَنْ يعيدَها بغيرِ إِذنِهِ ، **وهوَ الصحيحُ**[2] ؛ لأَنَّهُ إِنَّما لَمْ يكنْ لهُ الرجوعُ قَبلَ الانهدامِ ؛ لأَنَّ علىٰ المستعيرِ الضررَ بذٰلكَ ، وهاهنا لا ضررَ عليهِ .

---

(١) **الساباط** : سقيفة بين حائطين تحتها ممرٌّ نافذ ، يجمع على : سوابيط .
(٢) في (م) : (الأصح) .

وذكرَ الشيخُ أَبو حامدٍ ، والمَحامليُّ الوجهينِ : إِذا ٱنهدمَ الحائطُ فأُعيدَ ، مِن غيرِ تفصيلٍ .

قالَ المحامليُّ : وكذٰلكَ إِذا هدَمَهُ صاحبُهُ .

وهٰكذا الوجهانِ : إِذا سَقطتِ الجذوعُ ولَمْ تنكسِرْ . . فهلْ لهُ إِعادتُها بغيرِ إِذنِهِ ؟ علىٰ الوجهينِ ، وإِنِ ٱنكسرتْ تلكَ الأَجذاعُ . . فذكرَ الشيخُ أَبو إِسحاقَ في « المهذَّبِ » : ليسَ لهُ إِعادةُ مِثلِها . وذكرَ ٱبنُ الصبّاغِ : أَنَّها علىٰ الوجهينِ الأَوَّلينِ .

فرعٌ : [جهلُ كيفيَّةِ وضعِ الجذوعِ علىٰ الحائطِ] :

وإِنْ وُجدتْ أَجذاعٌ لرجلٍ علىٰ حائطِ غيرِهِ ، أَو شجرةٌ في أَرضِ غيرِهِ ، ولَمْ يَعرِفْ سببَ ذٰلكَ . . لَمْ يكنْ لهُ المطالبةُ بقلْعِ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ الظاهرَ أَنَّها وُضِعتْ بمِلكٍ ، وإِنِ ٱنقلعتْ ، أَو قلَعَها . . كانَ لهُ إِعادةُ مِثلِ ذٰلكَ ، وجهاً واحداً ، وقدْ ذكرناهُ .

فرعٌ : [ٱستعارةُ أَرضٍ لدفنٍ أَو حفرِ بئرٍ] :

وإِنْ أَعارَ أَرضَهُ لدَفنِ ميِّتٍ ، فدُفنَ فيها . . لَمْ يكنْ لهُ المطالبةُ بإِخراجِهِ ؛ لأَنَّ الميِّتَ لا يُحوَّلُ ، ولأَنَّ في ذٰلكَ هَتكاً لحُرمتِهِ . وإِنِ ٱستعارَ منهُ أَرضاً ليحفِرَ فيها بئراً ، أَو مدفناً . . صحَّتِ العاريَّةُ ؛ لأَنَّها منفعةٌ تُملَكُ بالإِجارةِ ، فٱستباحَها بالإِعارَةِ ، كسائرِ المنافعِ . فإِذا نبعَ الماءُ . . جازَ لهُ أَخذُهُ ؛ لأَنَّ الماءَ يستباحُ بالإِباحةِ ؛ فإِنْ رجعَ المعيرُ في العاريَّةِ بعدَ الحَفرِ . . فهلْ يَصِحُّ رجوعُهُ ؟

لا أَعرِفُ[1] فيها نصّاً ، **والذي يقتضي المذهَبُ** : أَنَّهُ يُبنىٰ علىٰ القولينِ في العَملِ مِنَ المفلِسِ ، هلْ هُوَ كالعينِ ، أَو ليسَ كالعينِ ؟

فإِنْ قلنا : إِنَّهُ كالعينِ . . لَمْ يَملكِ الرجوعَ إِلاَّ بشرطِ أَنْ يَضمَنَ لهُ قيمةَ عملِهِ .

وإِنْ قلنا : إِنَّهُ ليسَ كالعينِ . . كانَ لهُ الرجوعُ مِنْ غيرِ ضمانِ قيمةِ العملِ .

(١) في (م) : (لا أعلم) .

مسأَلةٌ : [ٱستعارَ شيئاً ليَرهنَهُ] :

إذا ٱستعارَ مِنْ رجلٍ عبداً ليَرْهَنَهُ بدَينٍ عليهِ ، فرهنَهُ . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : أَنَّ حُكمَهُ حُكمُ العاريَّةِ ، وليسَ بضمانٍ ؛ لأَنَّهُ قَبَضَ مِلكَ غيرِه بإِذنِهِ ليَنفرِدَ بمنفعتِهِ ، فكانَ عاريَّةً ، كمَا لوِ ٱستعارَهُ للخِدمَةِ ، ولأَنَّ الضمانَ : ما تعلَّقَ بهِ الحقُّ بذمَّةِ الضامنِ ، وهاهُنا لَمْ يتعلَّقْ بذمَّةِ مالكِ العبدِ حقٌّ ، فلم يكنْ ضَماناً .

والقولُ الثاني : أَنَّ حُكمَهُ حُكمُ الضمانِ ، وهو ٱختيارُ الشاشيِّ[1] ، **وهوَ الأَصحُّ** ؛ لأَنَّ العاريَّةَ ما أَفادتِ المنفعةَ للمستعيرِ ، وهاهُنا منفعةُ العبدِ للسيِّدِ ، فثبتَ أَنَّهُ ضمانٌ ، ولأَنَّ أَعيانَ الأَموالِ تَحُلُّ مَحَلَّ الذِّمَمِ بدِلالةِ جوازِ التصرُّفِ فيها ، كجوازِهِ في الذمَّةِ ، فلمَّا جازَ أَنْ يضمنَ الإِنسانُ حقّاً في ذمَّتِهِ . . جازَ أَنْ يضمَنَهُ في عينِ مالِهِ .

إذا ثبتَ هٰذا : فإِنْ قلنا : إِنَّ حُكمَهُ حُكمُ العاريَّةِ . . فهلْ يَصِحُّ عقدُ الرهنِ عليهِ ؟ فيهِ وجهانِ :

[أَحدُهما] : قالَ أَبو العبّاسِ : لا يَصِحُّ الرهنُ ؛ لأَنَّ العاريَّةَ عقدٌ جائزٌ ، والرهنَ عقدٌ لازمٌ ، فلا يجوزُ أَنْ يُستباحَ بالعقدِ الجائزِ العقدُ اللازمُ .

و **[الثاني]** : **قالَ سائرُ أَصحابِنا** : يَصِحُّ الرهنُ ، **وهوَ الصحيحُ** ؛ لأَنَّهُ عاريَّةٌ غيرُ لازمةٍ ؛ لأَنَّ للمعيرِ أَنْ يطالبَهُ بفكِّهِ أَيَّ وقتٍ شاءَ ، ولأَنَّ العاريَّةَ قدْ تكونُ لازمةً ، وهو إذا أَعارَهُ حائطاً ليَضعَ عليهِ جِذْعاً ، فوضعَهُ ، وبنىٰ عليهِ .

فإِذا قُلنا بهٰذا : فرجعَ مالكُ العبدِ عَنِ العاريَّةِ ، فإِنْ كانَ قَبلَ الرهنِ ، أَو بعدَ الرهنِ وقبلَ أَن يَقبِضَهُ المرتَهِنُ . . صحَّ رجوعُهُ ، ولا يَصِحُّ رهنُهُ ولا قبضُهُ بعدَ ذٰلكَ ؛ لأَنَّ العاريَّةَ قدْ بطلَتْ بالرجوعِ ، وإِنْ رجعَ بعدَ الرهنِ والإِقباضِ . . لَمْ يَنفسخِ الرهنُ ؛ لأَنَّهُ قدْ لزِمَ بالقبضِ ، ولا يَفتقِرُ علىٰ هٰذا القولِ إلىٰ تعيينِ قدْرِ الدَّينِ وجنسِهِ ومَحلِّهِ عندَ العاريَّةِ ؛ لأَنَّ العاريَّةَ تَصِحُّ لمنفعةٍ مطلَقةٍ ومقيَّدَةٍ ، إِلاَّ أَنَّهُ إِنْ ذكرَ جِنسَ الدَّينِ ، وحلولَهُ ، أَو أَجلَهُ . . لَمْ يَجُزْ أَنْ يَرهنَهُ بغيرِ ذٰلكَ الجنسِ ، ولا أَنْ يَرهنَهُ ، بخلافِ

---

(١) في (م) : (الشافعي) .

ما عيَّنَهُ عندَ العاريَّةِ ، مِنَ الحُلولِ ، أَوِ التأجيلِ ؛ لأَنَّهُ أَذِنَ لهُ في انتفاعٍ مخصوصٍ ، فلَمْ يَجُزْ لهُ أَنْ يَنتفِعَ بهِ في غيرِ ذٰلكَ ، ولأَنَّهُ قدْ يكونُ علىٰ المالكِ ضررٌ في المخالفةِ ، وهوَ أَنَّهُ إذا أَذِنَ لهُ ليَرهنَهُ في الدراهمِ ، فرَهنَهُ بالدنانيرِ . . فربَّما كانتِ الدراهمُ أَسهلَ في القضاءِ ، وإِنْ أَذِنَ لهُ ليَرهنَهُ بدينٍ حالٍّ ، فرَهنَهُ بمؤجَّلٍ . . فلأَنَّ المالكَ لَمْ يرضَ بأَنْ يُحالَ بينَه وبينَ عبدِهِ إِلىٰ الأَجلِ ، وإِنْ أَذِنَ لهُ ليَرْهنَهُ بدينٍ مؤجَّلٍ ، فرَهنَهُ بدينٍ حالٍّ . . فربَّما لا يَجِدُ الراهِنُ الدينَ حالاً ، فيُباعُ العبدُ بالدَّينِ ، فيؤدِّي ذٰلكَ إِلىٰ إِضْرارٍ بمالكِ العبدِ لم يرضَ بهِ .

وإِنْ أَذِنَ لهُ ليَرهَنَهُ بمئةِ درهَمٍ ، فرَهنَهُ بخمسينَ درهماً . . صحَّ ؛ لأَنَّ الخمسينَ تناولَها الإِذنُ ، وإِنْ رَهنَهُ بمئتينِ . . ففيهِ طريقانِ :

[الأَوّلُ] : مِن أَصحابِنا مَنْ قالَ : هلْ يَصِحُّ رهنُهُ بالمئةِ المأذونِ فيها ؟ فيهِ قولانِ ، بناءً علىٰ القولينِ في تفريقِ الصَّفْقةِ .

و **[الثاني]** : منهمْ مَنْ قالَ : لا يَصِحُّ رهنُهُ بِها ، قولاً واحداً ، **وهو المنصوصُ** ؛ لأَنَّهُ خالفَهُ في إِذنِهِ ، فلَمْ يَصِحَّ تصرُّفُهُ ، كمَا لو قالَ لوكيلِهِ : بِعْ هٰذا العبدَ ، فباعَهُ معَ عبدٍ آخَرَ للموكِّلِ . . فلا يَصِحُّ بيعُ واحدٍ منهما .

وإِنْ قلنا : إِنَّ حُكمَهُ حُكمُ الضمانِ . . لَمْ يَصِحَّ حتّىٰ يُبيِّنَ جنسَ الدَّينِ وقدرَهُ ومَحِلَّهُ عندَ العاريَّةِ ؛ لأَنَّ الضمانَ لا يَصِحُّ في غيرِ معلومٍ ، فإِنْ أَذِنَ لهُ ليَرهنَهُ بدَينٍ مقدَّرٍ مِنْ جنسٍ إِلىٰ أَجلٍ مقدَّرٍ ، أَو حالٍّ . . لَمْ يَجُزْ رهنُهُ بغيرِ ذٰلكَ ، إِلاَّ أَنْ يَرهنَهُ بأَقلَّ مِنَ القَدرِ المأذونِ فيهِ ، بأَنْ يأْذَنَ لهُ في أَنْ يَرهنَهُ بمئةِ دِرهَمٍ ، فيَرهنَهُ بخمسينَ دِرهماً ، فيَصِحُّ ؛ لِما ذكرناهُ .

فرعٌ : [أَعارَهُ عبداً ليَرهنَهُ بدَينٍ حالٍّ] :

وإِنْ أَذِنَ لهُ ليَرهنَهُ بدينٍ حالٍّ ، فرَهنَهُ بهِ . . فللسيِّدِ مطالبتُهُ بفَكاكِهِ علىٰ القولين ؛ لأَنّا إِنْ قُلنا : إِنَّهُ عاريَّةٌ . . فللمعيرِ أَنْ يَرجعَ متىٰ شاءَ ، وإِنْ قُلنا : إِنَّهُ ضمانٌ . . فلَهُ مطالبتُهُ بتخليصِ عبدِهِ ؛ لئلاَّ يباعَ ، وإِنْ أَذِنَ لهُ ليَرهنَهُ بدَينٍ مؤجَّلٍ ، فرَهنَهُ بهِ . . فهلْ لهُ مطالبتُهُ بفَكاكِهِ قبلَ الحُلولِ ؟

إنْ قُلنا : إِنَّهُ عاريَّةٌ . . فلَهُ مطالبتُهُ ؛ لأَنَّ للمعيرِ أَنْ يَرجِعَ في العاريَّةِ المؤقَّتَةِ قَبلَ ٱنقضائِها .

وإِنْ قُلنا : إِنَّهُ ضمانٌ . . لَمْ يكنْ لهُ المطالبةُ بفَكاكِهِ قَبلَ الأَجلِ ، كمَا لو ضَمِنَ عنهُ دَيناً إِلىٰ أَجلٍ . . فليسَ لهُ مطالبةُ المضمونِ عنهُ بتخليصِهِ قَبلَ الأَجلِ .

إذا ثبَتَ هٰذا : فإِنْ قضىٰ الراهنُ الدَّينَ مِنْ مالِهِ . . ٱنفكَّ الرهنُ ، ووَجبَ عليهِ ردُّهُ إِلىٰ مالكِهِ ، وإِنْ لَمْ يَقضِ الدَّينَ ، وحلَّ الأَجلُ ، ولَمْ يكنْ معَهُ ما يقضي بهِ الدَّينَ . . بيعَ العبدُ في الدَّينِ ، وبماذا يَرجِعُ السيِّدُ علىٰ المستعير ؟ يُنظرُ فيهِ :

فإِنْ بيعَ العبدُ بقيمتِهِ . . رجعَ عليهِ السيِّدُ بقَدرِ قيمتِهِ ، أَو بالدَّينِ ؛ لأَنَّا إِنْ قُلنا : إنَّه عاريّةٌ . . فالعاريَّةُ تُضمنُ بقيمتها ، وإن قلنا : إِنَّهُ ضمانٌ . . فالضامنُ يَرجِعُ بالدَّينِ الذي غَرِمَهُ .

وإِنْ بيعَ بأَقلَّ مِنْ قيمتِهِ ممّا يتغابَنُ الناسُ بمثلِهِ ، فإِن قلنا : إِنَّهُ عاريَّةٌ . . رجعَ عليهِ بكمالِ قيمتِهِ ؛ لأَنَّ العاريَّةَ مضمونَةٌ بقيمتِها ، وإِنْ قُلنا : إِنَّهُ ضمانٌ . . رجعَ السيِّدُ بالثَّمنِ الذي بيعَ بهِ العبدُ ؛ لأَنَّهُ هو القدرُ الذي غَرِمَهُ .

فإِنْ بيعَ بأَكثَرَ مِنْ قيمتِهِ ، فإِنْ قُلنا : إِنَّهُ ضمانٌ . . رجعَ السيِّدُ بالثَّمنِ الذي بيعَ بهِ ، وإِنْ قُلنا : إِنَّهُ عاريَّةٌ . . ففيهِ وجهانِ :

[**أَحدُهما**] : **قالَ عامَّةُ أَصحابِنا** : يَرجِعُ عليهِ بقيمتِهِ لا غيرَ ؛ لأَنَّ العاريَّةَ مضمونَةٌ بقيمتِها .

و [**الثاني**] : قالَ القاضي أَبو الطيِّبِ : يَرجِعُ عليهِ بجميعِ ما بيعَ بهِ . وحَكىٰ ذٰلكَ ٱبنُ الصبّاغِ عَنِ الشيخِ أَبي حامدٍ ، وهوَ ٱختيارُ ٱبنِ الصبّاغِ ؛ لأَنَّ ثَمنَ العبدِ مِلكٌ لصاحبِهِ ، ولهٰذا لو أَسقطَ المرتَهِنُ حقَّهُ مِنَ الرهنِ . . كانَ جميعُ الثَّمنِ للسيِّدِ .

وإِنْ أَرادَ المالكُ بَيعَ العبدِ . . قالَ الطبريُّ : فإِنْ قلنا : إِنَّهُ عاريَّةٌ . . فلَهُ ذٰلكَ ، وإِنْ قُلنا : إِنَّهُ ضمانٌ . . فليسَ لهُ ذٰلكَ .

فرعٌ : [تلفُ العاريَّةِ في يدِ المرتَهِنِ] :

وإنْ تَلِفَ العبدُ في يدِ المرتَهِنِ بغيرِ تفريطٍ منهُ ، أَوجَنىٰ[1] ، فبيعَ في الجنايةِ ، فإنْ قلنا : إنَّهُ ضمانٌ . . لَمْ يَرجعِ السيِّدُ علىٰ المستعيرِ بشيءٍ ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَقضِ عنهُ شيئاً ، وإنْ قلنا : إنَّهُ عاريَّةٌ . . رجعَ السيِّدُ علىٰ المستعيرِ بقيمةِ العبدِ .

فرعٌ : [قضاءُ سيِّدِ العبدِ الدَّينَ] :

فإنْ قضىٰ سيِّدُ العبدِ الدَّينَ عنِ المستعيرِ . . صحَّ قضاؤُهُ ؛ لأَنَّهُ يجوزُ أَنْ يقضيَ عنْ غيرِهِ دينَهُ ، وينفكُّ الرهنُ ، كما لو قضاهُ الراهنُ ، فإنْ قضاهُ بغيرِ إذنِ الراهنِ . . لَمْ يَرجِعْ عليهِ بشيءٍ ؛ لأَنَّهُ متطوِّعٌ بالتفضُّلِ[2] عنهُ ، وإنْ قضاهُ بإذنِهِ . . كانَ لهُ أَنْ يَرجِعَ عليهِ ؛ لأَنَّهُ ضَمِنَ بإذنِهِ ، وقَضىٰ بإذنِهِ ، فإنْ كانَ الحقُّ مؤجَّلاً ، فٱستأذنَهُ السيِّدُ في قضائِهِ وتعجيلِهِ ، فقضاهُ عنهُ مُعجَّلاً . . كانَ لهُ أَنْ يَرجِعَ عليهِ في الحالِ ، فإنِ ٱختلفا في الإذنِ . . فالقولُ قولُ الراهنِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ عدمُ الإذنِ ، فإنْ شَهِدَ المُرتَهِنُ للسيِّدِ في إذنِ الراهنِ . . قالَ الشافعيُّ رحمهُ الله : (قُبِلتْ شهادتُهُ ؛ لأَنَّهُ لا يَجُرُّ بهٰذهِ الشهادةِ إلىٰ نفسِهِ نفعاً ، ولا يَدفعُ بِها ضرراً) .

مسأَلةٌ : [رهنُ العبدِ بما أُذِنَ فيهِ عندَ رَجلينِ] :

إذا ٱستعارَ مِنْ رجلٍ عَبداً لِيَرهنَهُ بمئةِ دينارٍ ، فرَهنَهُ عندَ رجلينِ ، عندَ كلِّ واحدٍ منهما نِصفُهُ بخمسينَ ، بعقدٍ واحدٍ . . صحَّ ، فإنْ قضىٰ أَحدَهُما خمسينَ . . ٱنفكَّ نِصفُ العبدِ ؛ لأَنَّ عقدَ الواحدِ معَ الاثنينِ بمنزلةِ العقدينِ .

وهٰكذا : إذا ٱستعارَ رجلانِ مِنْ رجلٍ عبداً ليَرهناهُ بمئةٍ ، فرهَناهُ عندَ رجلٍ بمئةٍ بعقدٍ واحدٍ ، فقضاهُ أَحدُهما خمسينَ . . ٱنفكَّ نِصفُ العبدِ ؛ لِمَا ذكرناهُ .

---

(١) جنىٰ : أذنب ذنباً يؤاخذ به ، وغلبت الجناية في ألسنة الفقهاء على الجرح والقطع ، والجمع : جِنَايات ، وجَنَايا ، مِثلُ : عطايا .
(٢) في (م) : (بالقضاء) .

وإنِ ٱستعارَ رجلٌ مِنْ رجلينِ عبداً بينَهما نِصفينِ ، ليَرهنَهُ بمئةِ دينارٍ ، فرهَنَهُ عندَ رجلٍ بمئةِ دينارٍ ، فدَفعَ إليهِ خمسينَ ليَنفكَّ نصيبُ أَحدِهما . . ففيهِ قولانِ :

أَحدُهما : لا يَنفكُّ منهُ شيءٌ ؛ لأَنَّ الراهنَ واحدٌ ، والمرتَهِنَ واحدٌ ، والحقَّ واحدٌ . . فلَمْ يَنفكَّ بعضُهُ بقضاءِ بعضِ الدَّينِ ، كمَا لوِ ٱستعارَهُ مِنْ واحدٍ .

والثاني : يَنفكُّ نِصفُهُ ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهما لَمْ يأذَنْ في رهنِ نصيبِهِ إلاَّ بخمسينَ .

فإذا قلنا بهٰذا : نُظِرَ في المرتَهِنِ :

فإنْ عَلِمَ أَنَّ العبدَ لسيِّدينِ . . فلا خِيارَ لهُ في البيعِ إنْ كانَ الرهنُ مشروطاً في بيعٍ ؛ لأَنَّهُ دخلَ علىٰ بصيرةٍ .

وإنْ لَمْ يَعلمْ . . فهلْ لهُ الخيارُ في البيعِ ؟ قالَ أَبو العبّاسِ : فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : لا خيارَ لهُ ؛ لأَنَّهُ حصَلَ لهُ رهنُ جميعِ العبدِ ، وإنَّما ٱنفكَّ بعضُهُ بالقضاءِ بعدَ ذٰلكَ .

والثاني : لهُ الخيارُ ؛ لأَنَّهُ دخلَ في البيعِ علىٰ أَنْ لا يَنفكَّ شيءٌ مِنَ الرهنِ إلاَّ بقضاءِ جميعِ الدَّينِ ، ولَمْ يَحصُلْ لهُ ذٰلكَ .

مسأَلةٌ : [ٱختلافُ راكبِ الدابةِ وصاحبِها] :

إذا دفعَ إلىٰ رجلٍ دابَّةً ، فركبَها ، ثُمَّ ٱختلفا : فقالَ مالكُ الدابَّةِ : أَكريتُكَها إلىٰ موضعِ كذا ، بكذا وكذا ، وقالَ الراكبُ : بَلْ أَعرتَنيها . . فلا يخلو : إمَّا أَنْ تكونَ الدابَّةُ باقيةً ، أَو تالفةً .

فإنْ كانتْ باقيةً . . نَظرتَ :

فإنْ كانَ ٱختلافُهما عَقيبَ الدفعِ قبلَ أَنْ تمضيَ مدَّةٌ لِمثلِها أُجرةٌ . . فالقولُ قولُ الراكبِ معَ يمينِهِ : إنَّهُ ما ٱستأجرَها ، **بلا خلافٍ** ؛ لأَنَّ مالكَ الدابَّةِ يدَّعي علىٰ الراكبِ عقدَ الإجارةِ ، والأَصلُ عدَمُها ، فيَحلِفُ الراكبُ ، وتُردُّ الدابَّةُ .

وإنْ كانَ ٱختلافُهما بعدَ أَنْ مضىٰ زمانٌ لمثلِهِ أُجرةٌ . . فقدْ قالَ الشافعيُّ في « المختصرِ » [٣/ ٣٣] ، و« الأُمِّ » [٣/ ٢١٨] : (القولُ قولُ الراكبِ معَ يمينِهِ) ، وقالَ

في (المزارعةِ) [مِنَ « الأمّ » ٣/ ٢٤٧] : (إذا دفعَ رجلٌ إلىٰ آخَرَ أَرضاً ، فزرَعَها ، ثُمَّ ٱختلفا : فقالَ المالكُ : أكريتُكَها بكذا ، وقالَ مَن بيدِهِ الأَرضُ : بَلْ أعرتَنيها . . فالقولُ قولُ مالكِ الأَرضِ) . وٱختلفَ أَصحابُنا في المسألتينِ علىٰ طريقينِ :

فـ [**الأول**] : منهمْ مَنْ حَملَهُما علىٰ ظاهرهما ، وقالَ : إذا ٱختلفا في الدابَّةِ . . فالقولُ قولُ الراكبِ ، وإذا ٱختلفا في الأَرضِ . . فالقولُ قولُ مالكِ الأَرضِ ، وفُرِّقَ بينَهما : بأَنَّ العادَةَ قدْ جرتْ بأَنَّ الناسَ يُعيرونَ دوابَّهم للرُّكوبِ ، فكانَ القولُ قولَ الراكبِ ؛ لأَنَّ الظاهِرَ معَهُ ، ولَمْ تَجرِ العادةُ أَنَّ الناسَ يُعيرونَ أَراضيَهم للزراعَةِ ، وإنَّما يُكرونها ، فكانَ القولُ قولَ المالكِ ؛ لأَنَّ الظاهرَ معَهُ .

و [**الطريقُ الثاني**] : منهمْ مَن نقلَ جوابَ كلِّ واحدةٍ منهما إلىٰ الأُخرىٰ ، وخرَّجَهما علىٰ قولينِ ، **وبهِ قالَ عامَّةُ أَصحابِنا ، وهو الصحيحُ** :

أَحدُهما : أَنَّ القولَ قولُ المالكِ ، وهو قولُ مالكٍ ، وٱختيارُ المُزنيِّ ؛ لأَنَّ المنافعَ تَجري مَجرىٰ الأَعيانِ ، بدليلِ : أَنَّهُ يَصِحُّ العقدُ عليها ، وتُضمَنُ بالغصبِ ، وتَصِحُّ الوصيَّةُ بِها ، كالأَعيانِ ، ثُمَّ لوِ ٱختلفا في عينِ الدابَّةِ والأَرضِ : فقالَ مَنْ هِي بيدِهِ : وهبتَنِيها ، وقالَ المالكُ : بَلْ بعتُكَها . . فالقولُ قولُ المالكِ ، فكذٰلكَ هٰذا مِثلُهُ .

والثاني : أَنَّ القولَ قولُ الراكبِ ، وهو قولُ أَبي حنيفةَ ؛ لأَنَّهما قدِ ٱتَّفقا علىٰ : أَنَّ المنافعَ تَلِفتْ في يدِ الراكبِ ومِلْكِهِ ، وصارَ المالكُ يدَّعي عليهِ عِوَضَ المنافعِ ، وهو مُنكِرٌ ، فكانَ القولُ قولَ المُنكِرِ ، كمَا لو كانَ في يدِهِ دارٌ ، وأَقرَّ غيرُهُ لهُ بها ، وٱدَّعىٰ عليهِ أَنَّهُ باعَها منهُ ، وأَنكرَ مَنْ بيدِهِ الدارُ البيعَ . . فالقولُ قولُهُ معَ يمينِهِ ، ويخالفُ إذا ٱختلفَا في هِبةِ الدارِ وبيعِها ؛ لأَنَّ هناكَ ٱتَّفقا علىٰ : أَنَّ المِلكَ لِمَنِ ٱنتقلَتْ منهُ ، وٱختلفا في كيفيَّةِ خروجِهِ منهُ ، فكانَ القولُ قولَ المالكِ في كيفيَّةِ خروجِهِ منهُ ، وهاهُنا المنفعةُ قدْ حُكِمَ أَنَّها قدْ حدثتْ في ملكِ الراكبِ ويدِهِ ، وٱدَّعىٰ عليهِ المالكُ عِوَضاً الأَصلُ عدَمُهُ .

فإذا قُلنا : القولُ قولُ المالكِ . . نظرتَ :

فإنْ حلفَ . . ٱستحقَّ الأُجرةَ ، وأَيَّ أُجرةٍ يَستحِقُّ ؟ فيهِ وجهانِ :

أحدُهما : الأُجرةُ المسمّاةُ التي ٱدّعاها ؛ لأنَّهُ قدْ حلَفَ عليها .

والثاني : يَستحِقُّ أُجرةَ المِثلِ ، **وهو المنصوصُ في** « الأُمِّ » [٣/٢١٨] ؛ لأنَّهما لو ٱتَّفقا علىٰ عقدِ الإجارةِ ، وٱختلفا في قَدرِ الأُجرةِ . . لَمْ يَستحِقَّ المسمَّىٰ ، فبِأنْ لا يَستحِقَّ المُسمَّىٰ ، ولَمْ يتَّفِقا علىٰ قدرِ[1] الإجارةِ أولىٰ .

ويُحتمَلُ أَنْ يكونَ فيها وجهٌ ثالثٌ : وهو أَنَّهُ يَستحِقُّ أَقلَّ الأَمرينِ ، منَ المسمَّىٰ ، أَو أُجرةِ المِثلِ ؛ لأَنَّهُ إِنْ كانَ المُسمَّىٰ أَكثرَ . . لَمْ يَستحِقَّ الزيادةَ عليهِ ؛ لأَنَّهُ لا يجوزُ أَنْ يَستحِقَّ ذٰلكَ بدَعواهُ أو يمينِهِ ، وإِنْ كانتْ أُجرةُ المِثلِ أَكثرَ . . لَمْ يَستحِقَّ الزيادَةَ علىٰ المُسمَّىٰ ؛ لأَنَّهُ لا يدَّعيها .

فإِنْ نكَلَ المالكُ عَنِ اليمينِ . . لَمْ يَحلِفِ الراكبُ يمينَ الردِّ ، وأَنَّهُ أَعارَهُ إِيّاها ؛ لأَنَّهُ لا يدَّعي شيئاً ، فيَحلِفُ عليهِ .

قالَ الطبريُّ فِي « العُدَّةِ » : فإِنْ أَرادَ المالكُ ٱستحلافَ الراكبِ : أَنَّهُ مَا ٱستأْجَرها منهُ . . كانَ لهُ ذٰلكَ ، كمَا لوِ ٱدَّعىٰ علىٰ رجلٍ ديناً ، وأَقامَ شاهداً واحداً . . فإِنَّ لهُ أَنْ يَحلِفَ معَ شاهدِهِ ، ولهُ أَنْ لا يَحلِفَ معَ شاهدِهِ ، ويَستحلِفَ خصمَهُ : أَنَّهُ لا يَستحِقُّ عليهِ الدَّينَ ، كذٰلكَ هٰذا مثلُهُ .

وإِنْ قُلنا : القولُ قولُ الراكبِ . . نظرتَ :

فإِنْ حلَفَ : إِنَّهُ ما ٱستأجَرَها . . سَقطتْ عنهُ المطالبةُ .

وإِنْ نكَلَ عَنِ اليمينِ . . رُدَّتْ علىٰ المالكِ ، فإِنْ حلَفَ . . **فقدْ قالَ عامَّةُ أَصحابِنا** : ٱستحَقَّ الأُجرةَ المُسمّاةَ التي ٱدّعاها ، وجهاً واحداً ؛ لأَنَّ يمينَ المدَّعي معَ نكولِ المدَّعىٰ عليهِ تحُلُّ محَلَّ إِقرارِ المدَّعىٰ عليهِ ، أَو محَلَّ البيِّنةِ عليهِ ، وأَيُّهما كانَ . . فإِنَّ المُسمّىٰ يثبُتُ بهِ . وقالَ المَحامليُّ : فيما يَستحِقُّهُ مِنَ الأُجرةِ الوجهانِ الأَوَّلانِ .

وإِنِ ٱختلفا بعدَ تلَفِ الدابّةِ . . نَظرتَ :

فإِنْ تَلِفتْ عَقيبَ الدفعِ قَبلَ أَنْ تمضيَ مدَّةٌ لمِثلِها أُجرةٌ ، فإِنِ المالكُ ٱدَّعىٰ عقدَ

---

(١) في (م) : (عقد) .

الإجارةِ ـ ولو صَحَّ عقدُها . . لانفسخَتْ بموتِ الدابّةِ عقيبَ الدفعِ ـ فلا تَصِحُّ دعواهُ للأجرةِ ؛ لأنَّ[1] الراكبَ يُقِرُّ لهُ بقيمةِ الدابّةِ ، وهُو لا يدَّعيها . قالَ الشيخُ أبو حامدٍ : فيقالُ لمالكِ الدابّةِ : قَدْ أقرَّ لكَ بقيمةِ الدابّةِ ، فإنْ شِئتَ . . فصدِّقْهُ أنّكَ أعرتَهُ الدابّةَ ، وخُذْ قيمتَها منهُ ، وإنْ لَمْ تصدِّقْهُ . . فلا شيءَ لكَ .

وإنْ تَلِفتِ الدابّةُ بعدَ أَنْ مضتْ مُدّةٌ لِمثلِها أجرةٌ . . فإنَّ المالكَ يدَّعي أُجرةَ ما مضىٰ ، ولا يدَّعي القيمةَ ، والراكبَ ينكرُ الأُجرةَ ، ويُقِرُّ لهُ بالقيمةِ ، واختلفَ أَصحابُنا فيها :

فمنهمْ مَنْ قالَ : يُنظَرُ فيهِ :

فإنْ كانتِ الأُجرةُ والقيمةُ سواءً . . فإنَّ الحاكمَ يأخذُ ذٰلكَ مِنَ الراكبِ ، ويدفعُهُ إلىٰ المالكِ مِنْ غيرِ يمينٍ ؛ لأنّهما قدِ اتّفقا علىٰ استحقاقِ مالكِ الدابّةِ لذٰلكَ ، وإنِ اختلفا في سببِهِ ، فإنْ كانتِ القيمةُ أكثرَ مِنَ الأُجرةِ . . ألزمَهُ الحاكمُ دفعَ قَدرِ الأُجرةِ ، وقيلَ للمالكِ : أنتَ لا تدَّعي الزيادةَ علىٰ قدرِ الأُجرةِ ، فإنْ أردتَ أَنْ تستحِقَّهُ . . فأقِرَّ : أنّكَ أعرتَهُ ، ولَمْ تؤاجِرْهُ ، وإنْ كانتِ الأُجرةُ أكثرَ مِنَ القيمةِ . . ألزمَهُ الحاكمُ أَنْ يدفعَ إليهِ قدرَ القيمةِ ، وكانَ الحكمُ في الزيادةِ علىٰ الطريقينِ إذا كانتِ الدابّةُ باقيةً .

ومنهم مَنْ قالَ : يسقُطُ إقرارُهُ بالقيمةِ ؛ لأنّهُ أقرَّ بها لِمَنْ لا يدَّعيها ، والمالكُ يدَّعي الأُجرةَ ، والراكبُ ينكرُ ، ومَنِ القولُ قولُهُ ؟ علىٰ الطريقينِ إذا كانتِ الدابّةُ باقيةً .

فرعٌ : [اختلفا علىٰ إعارةٍ أو إجارةٍ] :

وإنْ كانَ اختلافُهما بعكسِ الأُولىٰ ، بأَنْ يقولَ الراكبُ : أَجّرتَنيها إلىٰ موضعِ كذَا بكذَا ، وقالَ المالكُ : بَلْ أعرتُكَها ، فإنْ كانتِ الدابّةُ باقيةً . . نَظرتَ :

فإنِ اختلفا عقيبَ الدفعِ قَبلَ أَنْ تمضيَ مدّةٌ لِمثلِها أُجرةٌ . . فالقولُ قولُ المالكِ معَ يمينِهِ : أنّهُ ما أَجّرَهُ ؛ لأنَّ الأَصلَ عدمُ الإجارةِ[2] ، فيَحلِفُ ، ويأخذُ دابّتَهُ .

---

(١) في (م) : (إلاّ أنَّ) .

(٢) في (م) : (العقد) .

وإنِ ٱختلفا بعدَ مُضيِّ مُدَّةِ الإجارةِ . . فلا معنىٰ لهٰذا الاختلافِ ؛ لأَنَّهما ٱتَّفقا علىٰ وجوبِ ردِّها ، فيأخذُ المالكُ دابَّتَهُ مِنْ غيرِ يمينٍ ، غيرَ أَنَّ الراكبَ يقرُّ للمالِكِ بالأُجرةِ ، وهو لا يدَّعيها ، فلا يَستحِقُّها إلاَّ بالتصديقِ .

وَإِنِ ٱختلفا بعدَ مضيِّ بعضِ مُدَّةِ الإجارةِ . . فالقولُ قولُ المالكِ معَ يمينِهِ : أَنَّهُ ما أَجَّرَهُ ، فإذا حلفَ . . أَخذَ دابَّتَهُ ، ولا يَستحِقُّ المالكُ أُجرَةَ ما مضىٰ ؛ لأَنَّهُ لا يدَّعيها .

وإنْ كانتِ الدابَّةُ تالِفَةً ، فإنْ تَلِفتْ عقيبَ الدفعِ قَبلَ أَنْ تمضيَ مُدَّةٌ لمِثلِها أُجرةٌ . . فإنَّ المالكَ يدَّعي أَنَّها عاريَّةٌ ؛ ليَستحِقَّ قيمتَها ، والراكبَ ينكرُ العاريَّةَ . . فالقولُ قولُ المالكِ ، قولاً واحداً ؛ لأَنَّ الاختلافَ هاهُنا في العينِ لا في المنفعةِ ، والعينُ قدْ قبَضَها الراكبُ ، والأَصلُ فيما يقبِضُهُ الإنسانُ مِنْ مالِ غيرِهِ الضَّمَانُ ؛ لقولِهِ ﷺ : « عَلىٰ اليَدِ مَا أَخَذتْ حَتَّىٰ تُؤَدِّيَهُ »[1] .

وإنْ كانَ الاختلافُ بعدَ مُضيِّ المدَّةِ . . فإنَّ الراكبَ يُقِرُّ لهُ بالأُجرةِ ، والمالكَ يدَّعي القيمةَ ، فإنْ كانتِ القيمةُ بقَدرِ الأُجرةِ . . فمِنْ أصحابِنا مَنْ قالَ : يَدفعُ إليهِ مِنْ غيرِ يمينٍ ؛ لأَنَّهما ٱتَّفقا : أَنَّ المالكَ يَستحِقُّ ذٰلكَ ، ومنهمْ مَنْ قالَ : لا تثبُتُ الأُجرةُ ؛ لأَنَّهُ لا يدَّعيها ، ولٰكنْ يَحلِفُ المالكُ علىٰ القيمةِ ، وهٰكذا الوجهانِ لو كانتِ القيمةُ أَقلَّ ، هلْ يَستحِقُّها المالكُ مِنْ غيرِ يمينٍ ؟

وإنْ كانتِ القيمةُ أَكثرَ . . لَمْ يَستحِقَّ المالكُ ما زادَ علىٰ الأُجرةِ حتّىٰ يَحلِفَ ، وهلْ يَستحِقُّ قَدرَ الأُجرةِ مِنْ غيرِ أَنْ يَحلِفَ ؟ علىٰ الوجهينِ .

فرعٌ : [ٱختلفا في أَنَّهُ ٱغتصبَ أَو ٱستعارَ] :

وإنْ قالَ الراكبُ : أَعرتَنيها ، وقالَ المالكُ : بَلْ غصبتَنيها ، فلا يخلُو : إمّا أَنْ تكونَ الدابَّةُ باقيةً ، أَو تالفةً .

---

(١) في (م) : (ترده) .

فإنْ كانتْ باقيةً . . نظرتَ :

فإنْ كانَ الاختلافُ عَقيبَ الدفعِ قَبلَ أَنْ تمضيَ مَدَّةٌ لمِثلِها أُجرةٌ . . رُدَّتْ علىٰ صاحبِها ، ولا كلامَ ، سواءٌ كانتْ غَصباً أو عاريَّةً .

وإنْ كانَ بعدَ مُضيِّ مُدَّةٍ لمِثلِها أُجرةٌ . . فنَقلَ المُزنيُّ هاهُنا : (أَنَّ القولَ قولُ المستعيرِ) . وٱختلفَ أَصحابُنا فيها علىٰ أَربعةِ طُرُقٍ :

فمنهمْ مَنْ قالَ : هِي علىٰ الطريقينِ في الدابَّةِ والأَرضِ :

أَحدُهما : الفرقُ بينَ الدابَّةِ والأَرضِ .

والثانيةُ : أَنَّهما علىٰ قولينِ ؛ لأَنَّ الاختلافَ فيهما واحدٌ ، وهو أَنَّ المالكَ يدَّعي الأُجرةَ ، والمتصرِّفَ ينكرُها ، فهي كالأُولىٰ .

و [**الطريقةُ الثالثةُ**] : منهمْ مَنْ قالَ : القولُ قولُ المالكِ ، قولاً واحداً ، ومَا رواهُ المزنيُّ غلَطٌ ، والفرقُ بينَهما : أَنَّ في تلكَ المسأَلةِ ٱتَّفَقا علىٰ : أَنَّ المنافعَ تَلِفتْ علىٰ مِلكِ المتصرِّفِ ، وٱدَّعىٰ عليهِ المالكُ عِوَضَها ، فلذٰلكَ كانَ القولُ قولَ المتصرِّفِ في أَحدِ القولينِ ؛ لأَنَّ الأَصلَ براءَةُ ذِمَّتِهِ ، وهاهُنا لَمْ يُقِرَّ المالكُ للمتصرِّفِ بالمنفعةِ ، وإِنَّما المتصرِّفُ ٱدَّعىٰ مِلْكَها ، والأَصلُ بقاءُ المنافعِ علىٰ مِلكِ المالكِ .

و [**الطريقةُ الرابعةُ**] : قالَ الشيخُ أَبو حامدٍ : **الصحيحُ** ما رواهُ المزنيُّ ، **وقدْ نصَّ عليهِ الشافعيُّ** في « الأُمِّ » [٣/٢١٨] ؛ لأَنَّ المنافعَ قدْ تَلِفتْ ، وليستْ مِلْكاً قائِماً ، والمالكُ يدَّعي عليه عِوَضَها ، والأَصلُ براءَةُ ذِمَّتِهِ ، ولأَنَّ الظاهِرَ مِنَ اليدِ أَنَّها بحقٍّ ، ومدَّعي الغَصبِ يدَّعي خلافَ الظاهِرِ ، فكانَ القولُ قولَ صاحبِ اليدِ .

وإنْ كانتِ الدابَّةُ تالفةً ، فإنْ كانَ ٱختلافُهما قَبلَ مضيِّ شيءٍ مِنَ المُدَّةِ . . فإنَّ القيمةَ تجبُ علىٰ الراكبِ بلا يمينٍ ؛ لأَنَّهما متَّفقانِ علىٰ : أَنَّ المالكَ يَستحِقُّها ، وإنْ كانَ بعدَ مضيِّ مُدَّةٍ لمِثلِها أُجرةٌ . . فالكلامُ علىٰ الأُجرةِ علىٰ ما مَضىٰ ، وأَمَّا القيمةُ : فإنْ كانتْ قيمتُها مِنْ حينِ قبضِها إلىٰ أَنْ تَلِفتْ سواءً ، أَو كانتْ قيمتُها يومَ التلفِ أَكثرَ . . وَجَبتْ عليهِ القيمةُ مِنْ غيرِ يمينٍ ، وإنْ كانتْ قيمتُها يومَ التلفِ أَقلَّ مِنْ يومِ القَبضِ ، فإنْ قُلنا : إنَّ العاريَّةَ إذا تَلِفتْ وَجَبتْ قيمتُها أَكثرَ ما كانتْ مِنْ حينِ القبضِ . . وَجَبتْ قيمتُها هاهُنا

أَكثرَ ما كانتْ مِنْ غيرِ يمينٍ ، وإِنْ قُلنا : يجبُ قيمتُها يومَ التلَفِ . . وَجبَ عليهِ قدرُ قيمتِها يومَ التلفِ مِنْ غيرِ يمينٍ ، ومَا زادَ علىٰ ذٰلكَ علىٰ الطُّرُقِ .

فرعٌ : [ٱختلفا على أَنَّهُ ٱستأجر أو ٱغتصب] :

وإِنْ قالَ المالكُ : غصبتَنيها ، وقالَ الراكبُ : بَلْ أَجَّرتَنيها إِلىٰ موضعِ كذا بكذا . . فلا يخلو : إِمَّا أَنْ تكونَ الدابَّةُ باقيةً ، أَو تالفةً .

فإِنْ كانتْ باقيةً ، فإِنْ كانَ هٰذا الاختلافُ قَبلَ مضيِّ شيءٍ مِنَ المُدَّةِ . . فالقولُ قولُ المالكِ معَ يمينِهِ ؛ لأَنَّهُ يدَّعي عليهِ عقدَ الإِجارةِ ، والأَصلُ عدمُهُ ، فيحَلِفُ ، ويأخذُ دابَّتَهُ ، وإِنْ كانَ بعدَ مُضيِّ مُدَّةِ الإِجارةِ ، فإِنْ كانَ مَا يُقِرُّ بهِ الراكبُ مِنَ الأُجرةِ المُسمّاةِ مِثلَ أُجرةِ مِثلِها ، أَو أَكثرَ مِنْ أُجرةِ المِثْلِ . . ٱستحقَّ المالكُ قَدرَ المُسمّاةِ مِنْ غيرِ يمينٍ ؛ لأَنَّهما متَّفقانِ علىٰ ٱستحقاقِ المِلكِ لَهُ ، وإِنْ كانتْ أُجرةُ المِثلِ التي يدَّعيها المالكُ أَكثرَ مِنَ المُسمّاةِ ، أَو كانتِ البهيمةُ قَدْ نَقَصتْ بالرُّكوبِ ، فمَنِ القولُ قولُهُ ؟ يُحتمَلُ أَنْ يكونَ علىٰ الطُّرُقِ في المسأَلةِ قبلَها ؛ لأَنَّهما سواءٌ ، وذٰلكَ : أَنَّ الراكبَ يدَّعي أَنَّهُ ٱستوفىٰ منفعتَها بمِلكٍ صحيحٍ ، وهو الإِجارةُ ، كمَا أَنَّهُ في الأُولىٰ يدَّعي أَنَّهُ ٱستوفاها بمِلكٍ صحيحٍ ، وهو الإِعارةُ ، والمالكُ يدَّعي أَنَّهُ ٱستوفىٰ ذٰلكَ فيها بغيرِ مِلكٍ .

وإِنْ كانتِ العينُ تالفةً ، فإِنْ تَلِفتْ قَبلَ أَنْ يمضيَ شيءٌ مِنَ المُدَّةِ . . فإِنَّ المالكَ يدَّعي القيمةَ ، والراكبَ ينكرُها ولا يُقِرُّ لهُ بأُجرةٍ ، فَمَنِ القولُ قولُهُ ؟ علىٰ الطُّرقِ المخرَّجَةِ فيها إِذا كانتِ العينُ باقيةً بعدَ مُضيِّ المُدَّةِ ، وإِنْ مَضتْ مدَّةٌ لِمثلِها أُجرةٌ ، ثُمَّ تَلِفتْ ، فإِنْ كانَ ما يُقِرُّ بهِ الراكبُ مِنَ المسمّىٰ مِثلَ أُجرةِ المِثلِ ، أَو أَقلَّ . . فإِنَّ المالكَ يَستحِقُّ ذٰلكَ مِنْ غيرِ يمينٍ ؛ لأَنَّهما متَّفقانِ علىٰ ٱستحقاقِ المالكِ لهُ ، ثُمَّ المالكُ يدَّعي القيمةَ ، والراكبُ ينكرُها ، فَمَنِ القولُ قولُهُ ؟ علىٰ الطُّرُقِ المخرَّجَةِ فيها .

وهٰكذا : إِنْ كانتْ أُجرةُ المِثلِ أَكثرَ مِنَ المسمّىٰ . . ففي الزيادةِ الطُّرُقُ المخرَّجَةُ ، وإِنْ كانتِ المسمّاةُ أَكثرَ مِنْ أُجرةِ المِثلِ . . ٱستَحقَّ قَدرَ أُجرةِ المِثلِ مِنْ غيرِ يمينٍ ؛

لاتِّفاقِهما علىٰ ٱستحقاقِ المالكِ لَهُ ، وهلْ يستحِقُّ الزيادَةَ عليهِ مِنْ جِهةِ القيمةِ التي يَدَّعيها مِنْ غيرِ يمينٍ ؟ فيهِ وجهانِ :

أَحدُهما : يَستحِقُّ ذٰلكَ مِنْ غيرِ يمينٍ ؛ لاتِّفاقِهما علىٰ ٱستحقاقِ المالكِ لَهُ .

والثاني : يَبطُلُ إِقرارُ الراكبِ بِما زادَ مِنَ المُسمّىٰ علىٰ أُجرةِ المِثلِ ؛ لأَنَّهُ أَقرَّ بذٰلكَ لِمَنْ لا يدَّعِيهِ .

وباللهِ التوفيقُ

* * *



المحتوى

كتابُ الرهنِ

باب الحَجْرِ

كتاب الصلح

كتابُ الحَوالةِ

كتابُ الضَّمانِ

كتابُ الشَّرِكَةِ

كتابُ الوكالةِ

كتابُ الوديعةِ

كتابُ العاريَّةِ

* * *